ASSAULT

Available by mail free of charge from

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Ministry of Supply and Services Canada 1984
Catalogue No. J32-1/38-1984
ISBN 0-662-53417-4

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 38

ASSAULT

1984

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Professor Jacques Fortin, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Alan D. Reid, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Substantive Criminal Law

François Handfield, B.A., LL.L.

Special Adviser

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Consultant

John Barnes, B.A. (Oxon.), B.C.L. (Oxon.)

Table of Contents

INTRODUCTION 1

I. PRESENT LAW IN CANADA 3

A. The Concept of Assault 4

(1) *Actus Reus* 4
(a) Mode of Commission 4
(b) Consent 5
(2) *Mens Rea* 6

B. Causing Bodily Harm 7

C. Specific Assaults 8

(1) Assaults with Specific Intent 8
(2) Assaults on Specific Victims 10
(3) Assaults with a Weapon or Causing Bodily Harm 12

D. Related Offences — Threatening 12

II. ORIGINS — ENGLISH LAW 17

III. SHAPE AND CHARACTERISTICS OF ENGLISH LAW 19

IV. SHORTCOMINGS AND PROBLEMS WITH PRESENT LAW 21

A. Formal Shortcomings 21

(1) General Arrangement 21
(2) Definitions of Basic Offences 22

B. Substantial Shortcomings 23

(1) *Mens Rea* 23
(2) *Actus Reus* 23

C. Policy Issues 24

(1) General 24
(2) Special Factors 24

V. A NEW APPROACH 27

A. Medical Treatment 28

B. Sports 30

(1) Legal Aspect 30
(2) Social Problem 32

C. Domestic Violence and Corporal Punishment of Children 36

(1) Domestic Violence 36
(2) Corporal Punishment of Children 38

VI. CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS 47

APPENDIX: A NOTE ON THE CURRENT LAW OF CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN (SECTION 43) 55

Introduction

Once homicide is left behind, the rest of the law relating to offences of violence seems comparatively straightforward and easy to deal with. There seem to be no great dramatic conflicts: the struggle between necessity, duress and self-defence and the sanctity of human life — how far can one legitimately preserve one's own life at the expense of another's? — this has all been explored in the context of the flagship offence of murder. Nor do there seem to be any major conceptual problems: those concerning omission and causation — when can one be said to kill by not doing anything or by simply providing a necessary condition for the death? — these too have been examined in that same context. What remains apparently is merely a need to tidy up the drafting in the *Criminal Code*.

Appearances, however, are deceptive. There are, for example, in the context of assault some very significant, although not necessarily dramatic conflicts such as that between the right to bodily freedom and the right to bodily integrity — where does my right to move my fist end and where does your right to personal space begin? There are also certain major problems relating to consent — what is consent, when is consent real consent, and how far does the victim's consent negate criminal liability? Such problems assume special importance in the context of the law regarding medical treatment, contact and combat sports, and possibly corporal punishment, where, as in other contexts, this area of law serves to chart the limits to the lawful use of force. Accordingly, if not exactly a flagship offence, assault is nonetheless what could be called a foundation offence — a crime on which much law on other offences is constructed.

The reason for this, of course, lies largely in history. Our law, contained in sections 244 and 245 and numerous other sections of the *Code*, derives from earlier English law. That law in turn was built on two foundation stones — the common law crimes of assault and battery. In consequence our present law is likewise built on these foundations, although both crimes are lumped together under the same name, "assault."

I.

Present Law in Canada

Our present law on non-fatal crimes of violence is contained in sections 244, 245, 245.3 and numerous other sections in Part VI of the *Criminal Code*. Sections 244 and 245 create basic offences of assault (including what common law termed both assault and battery). Section 245.3 creates a parallel basic offence of unlawfully causing bodily harm.[1] The remaining sections build on those basic offences to create a number of specific or aggravated offences. They may be aggravated by being committed with some special intent, for example, with intent to wound, maim or disfigure (section 228) or they may be aggravated by being committed on some special type of victim, for example, on a peace officer (section 246). In addition, there are certain related offences such as administering a noxious thing (section 229) and sending threats by letter and so forth (section 331) which serve to plug certain gaps left by the law relating strictly to assault and causing bodily harm.

Related to the above-mentioned offences are certain other crimes such as kidnapping (section 247) and abduction (sections 249 and 250), and offences comprising acts endangering life (sections 79, 176, 204, 231, 232 and 241 to 243). Kidnapping and abduction raise specific problems over and above those raised by the offences mentioned in our introduction. "Endangering life" offences also involve special considerations other than those relating to assault and so forth. Kidnapping, abduction and "endangering life" offences then, are not dealt with here, but will be considered separately in later Working Papers.

---

1. Under the *Offences against the Person Act 1861* (U.K. (1861), 24-25 Vict., c. 100) it was an offence to commit an assault causing bodily harm. Under our *Criminal Code* it became an offence unlawfully to cause bodily harm or commit an assault that causes bodily harm (subsection 245(2)). These two different offences are now by reason of a 1982 amendment (S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19) contained in separate sections: assault causing bodily harm is dealt with by paragraph 245.1(1)(*b*), while the offence of unlawfully causing bodily harm is dealt with by section 245.3. Clearly — and especially so since the 1982 amendment — our *Code* has added a new basic offence to complement assault.

A. The Concept of Assault

As mentioned earlier, the *Code* merges assault and battery into one offence. Section 244 defines the offence in detail and section 245 prescribes the penalty for its commission.

Subsection 244(1) defines assault as follows:

> A person commits an assault when
>
> (*a*) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;
>
> (*b*) he attempts or threatens, by an act or gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe upon reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or
>
> (*c*) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

(1) *Actus Reus*

(a) Mode of Commission

Assault can be committed in three different ways. It can be committed by non-consensual application of force. It can be committed by threatening or attempting to apply such force when having present ability to do so. And it can be committed by accosting, impeding or begging while carrying a real or imitational weapon.

The first mode of committing assault, then, is by application of force. "Force" itself is left undefined by the *Criminal Code*. Case-law, however, has recognized various kinds of conduct as constituting application of force, for example, touching or spitting. Indeed a brief touching, without exerting any strength or power, suffices to qualify as an assault.[2] Clearly, "force" here is not used as normally to connote violence, but rather with a technical and limited meaning to connote contact without consent.

Such force may be applied not only directly but also indirectly through some deliberate act causing an impact. It is probably an assault under the *Criminal Code* deliberately to cause falls or collisions by digging pitfalls or by playing tricks or practical jokes. Of course where certain indirect means, for example, explosives, are used with intent to cause injury, a specific offence under section 79 of the *Criminal Code* may be committed.

Generally, force can only be applied by a positive act and not by a mere omission. According to English authority, however, deliberate refusal to rectify a continuing act

2. In *R.* v. *Burden* (1982), 64 C.C.C. (2d) 68, p. 70, it is the judge's opinion that when the accused places his hand on a woman's thigh for five to ten seconds without her consent he intentionally applies force to her person and therefore commits an assault.

which involves the infliction of unlawful force is an assault.[3] This principle has recently been summarized as follows: "an unintentional act followed by an intentional omission to rectify that act or its consequences can be regarded *in toto* as an intentional act."[4] Apart from this narrow qualification (which is not necessarily the law in Canada) a mere omission cannot constitute assault.

The second mode of assault is by threat of immediate application of force. This must be done by act or gesture, for example, by pointing a gun at the victim. Mere words, though indicating an intention to use force, are according to conventional wisdom not sufficient, although such wisdom seems based on little by way of real authority. And the threat must be one which the defendant can, or which the victim reasonably believes the defendant can, carry out forthwith.

The third mode is by accosting and so forth, when armed. Such accosting could of course involve unlawful application of force or else threat of such application, but this would have to be determined on the evidence. To obviate the need for such determination, the *Code* provides that this type of conduct shall automatically count as an assault. In short, it deals with this kind of antisocial and possibly frightening behaviour by an extension of the law on violent offences.

(b) Consent

The essence of assault is that it takes place against the victim's will. In general, no assault can be committed on a victim who consents. Apparent consent, however, obtained by force, threats, fraud or exercise of authority will not qualify for this purpose as true consent. Following previous case-law, which was to some extent already incorporated in the *Code*, the present subsection 244(3) provides as follows:

> For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of
>
> (*a*) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
>
> (*b*) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

---

3. *Fagan* v. *Commissioner of Metropolitan Police*, [1969] 1 Q.B. 439, p. 445. In this case the action of the accused in mounting the policeman's foot with his car may have been initially unintentional but the time came when, being aware of this situation, he remained seated in the car, switched off the ignition, maintained the wheel on the foot and used words showing his intention of keeping the wheel in that position. The judge affirmed that such conduct cannot be regarded as mere omission or inactivity.

4. *R.* v. *Miller*, [1982] 2 All E.R. 386, p. 392 *per* May L.J. In a criticism concerning the reasoning of the majority of the court in the *Fagan* case, it was held that in reality the driver's failure to drive the car off the policeman's foot was an omission. But in the driver's failure to release the officer's foot, knowing that he had just driven on to it, the court thinks:

> [T]here was clearly a substantial element of adoption by the driver, at a later stage, of what he had done earlier ... the conduct of the driver in that case can and should have been looked at as a whole and as the whole contained both the *actus reus* and the *mens rea* they were sufficiently coincident to render the driver guilty of an assault....

(*c*) fraud; or

(*d*) the exercise of authority.

Usually the victim's consent will be obvious. In some cases it may be given expressly. In others it may be implied. It may be implied in three kinds of situations: (1) in the case of harmless non-hostile contacts in the course of ordinary social life, for example, accidental jostling in the street, tapping a person's shoulder to attract his attention; (2) in the case of non-hostile contact in the course and for the purpose of medical treatment; and (3) in the case of blows reasonably incidental to the playing of a lawful game or sport.

In some cases however, the victim's consent or non-consent is quite irrelevant. On the one hand his consent is irrelevant where the application of force is intended to cause death or serious bodily harm, or where the blow is struck in the course of an illegal combat like a duel or prize-fight. On the other hand the victim's non-consent will be irrelevant where force is applied by lawful authority for the purposes of law enforcement or by way of lawful punishment by a parent or teacher.

(2) *Mens Rea*

Assault is basically a crime of intent. Paragraph 244(1)(*a*) of the *Criminal Code*, explicitly requires the force to be applied intentionally. Paragraph 244(1)(*b*), while making no explicit reference to it, by using the words "attempts or threatens" implies a measure of intentionality — how could one be said to attempt or threaten accidentally? Likewise, paragraph 244(1)(*c*), by using the words "accosts," "impedes" and "begs" impliedly incorporates a reference to intentionality.

The exact meaning of intentionality in this context is less than wholly clear. On the one hand the requirement of "intentional" rules out acts done by accident and, in some cases, by mistake as to the circumstances. On the other hand assault is a crime of general intent — the defendant need not intend specifically to assault this person rather than that.

Whether such general intent would cover recklessness is open to question. Traditionally, assault was generally viewed as a crime that could only be committed with intent, a view apparently accepted in *R.* v. *George*,[5] and *Leary* v. *The Queen*.[6] But in

5. [1960] S.C.R. 871, pp. 877 and 891. A general intent attending the commission of the act is the only intent required to constitute common assault. No specific intent must be proved by the Crown as one of the constituent elements of this offence. It was held that evidence that the accused was in a state of voluntary drunkenness cannot be accepted as a defence because under the circumstances of the case there was no suggestion that the drink had produced permanent or temporary insanity and the respondent knew that he was applying force to the person of another.

6. (1977) 33 C.C.C. (2d) 473, pp. 476, 481 and 495. In this case, a distinction is drawn between offences of general or basic intent and offences which, in addition to general intent, also require a specific intention attending the purpose for the commission of the act. Rape being an offence involving only a general intention, the court reached the conclusion that the defence of drunkenness could have no application. Dickson J., speaking in dissent, concluded that it is no longer necessary to maintain such a distinction. The accused must be found guilty if he intended to force intercourse, notwithstanding absence of consent or that he was reckless as to whether the woman consented or not. Intoxication is one factor which should be taken into account in determining the presence or absence of the necessary mental element.

the English cases of *R.* v. *Venna*,[7] and *Director of Public Prosecution* v. *Morgan*,[8] it was held that assault could be committed not only with intent but also recklessly. As to the position in Canada, the textbooks are at present in conflict, Stuart[9] taking the view that the law here is the same as in England, and Mewett and Manning[10] considering that in Canada recklessness is not sufficient for assault.

B. Causing Bodily Harm

As mentioned above, the offence of causing bodily harm has now been put in a separate section of the *Criminal Code*, namely, section 245.3. For this offence the *actus reus* consists in unlawfully causing bodily harm. Such harm presumably can be caused either directly or indirectly, and either by act or by omission. And the offence is committed whether the victim consents or not, for causing bodily harm is not a non-consensual offence.

The *mens rea* of the offence is not defined explicitly. On general principles it should consist at most of intent and recklessness. There is, however, no case-law on the subject.

Finally, the meaning of "unlawfully" is uncertain. In his textbook on the General Part, Glanville Williams[11] suggests four possible meanings for "unlawfully" in criminal statutes. It may be used merely to affix a penalty or sanction for some unlawful behaviour defined elsewhere. It may be used to proscribe unlawful as opposed to lawful categories of some type of behaviour, leaving it perhaps to the courts to draw the distinction between the two in any given case. It may be used, as contrasted with the term "illegal" and as employed in contract law, to denote behaviour conventionally regarded as immoral. Or it may be used simply to exclude from criminal liability, acts committed with legally

---

7. [1976] 1 Q.B. 421, p. 429. In the judge's opinion, the mental element of recklessness when coupled with the *actus reus* of physical contact is sufficient to form the battery involved in assault causing bodily harm.

   We see no reason in logic or in law why a person who recklessly applies physical force to the person of another should be outside the criminal law of assault. In many cases the dividing line between intention and recklessness is barely distinguishable.

8. [1976] A.C. 182, p. 217:

   The prosecution must prove that the accused foresaw that his act would probably cause another person to have apprehension of immediate and unlawful violence or would possibly have that consequence such being the purpose of the act or that he was reckless as to whether or not his act caused such apprehension.

   It was held that this intention or recklessness is the *mens rea* in assault.

9. Donald R. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (Toronto: Carswell, 1982), p. 130.

10. Alan W. Mewett and Morris Manning, *Criminal Law* [Canadian Criminal Law Series] (Toronto: Butterworths, 1978), p. 474.

11. Glanville Williams, *Criminal Law — The General Part* (London: Stevens and Sons, 1953), p. 25. In 2nd ed. (1961), p. 27.

recognized justification or excuse, in which case the term "unlawfully" is strictly surplusage. This fourth meaning is probably the meaning to be given the word in section 245.3 of the *Criminal Code*.

C. Specific Assaults

Building on the simple general concept of assault, the *Code* then proceeds to define a number of specific aggravated assaults. Some of these are aggravated by virtue of the special intent with which they are committed. Others are aggravated by reference to the kind of victim involved. Yet others are aggravated by the harm actually caused.

(1) Assaults with Specific Intent

Here the intent may be to cause severe injury or to commit a further offence. An intent to cause severe injury forms an ingredient in two offences. First, the offence of causing bodily harm with intent is defined by section 228 of the *Code* as requiring one of three possible intents. Paragraph 228(*a*) refers to an intent to wound, maim or disfigure. Paragraph 228(*b*) refers to an intent to endanger the life of any person. Paragraph 228(*c*) refers to an intent to prevent the arrest or detention of any person. Second, the offence of administering a noxious thing is defined by section 229 as requiring either an intent to endanger the life of, or to cause bodily harm to, the victim or an intent to aggrieve or annoy the victim.

With these offences, the prosecution must prove that the accused acted with the necessary intent. There will be no conviction if, for example, the accused is unable to form an intent to cause bodily harm,[12] or did not in fact intend to wound,[13] or to cause bodily harm.[14] The intents specified in the statute must be proved.[15] However, in cases of savage attacks, there may be an inescapable inference that the accused had the necessary intent.[16] Where the specific intent cannot be proved and where the action charged neces-

12. In *R.* v. *Martin* (1947), 88 C.C.C. 314, p. 317, the judge reached the conclusion that the accused was in such a state of intoxication that he did not have the power to form the specific intent to do grievous bodily harm on a charge of shooting at another with intent to cause bodily harm. See also *R.* v. *Penney* (1959), 125 C.C.C. 341.

13. *R.* v. *Patrygura* (1960), 129 C.C.C. 333, p. 333. In this case, the accused admitted having fired the shot but he stated that he acted that way for the purpose of frightening the victim, and that he never intended to shoot him or cause him any harm or injury.

14. *R.* v. *MacDonald*, [1944] 2 W.W.R. 458, p. 462. On a charge of unlawfully shooting a loaded rifle with intent to cause grievous bodily harm, it was inferred from the accused's testimony that he fired not at the complainant but into the ground or wide of him in an effort to scare him away.

15. *R.* v. *Robertson* (1940), 86 C.C.C. 353.

16. In *R.* v. *Innes and Brotchie* (1972), 7 C.C.C. (2d) 544, p. 547, it was decided that the bodily harm caused was of such a degree (joint venture involving punching and kicking — victim's throat cut) as to

sarily involves an assault,[17] it will usually be possible to convict of common assault as an included offence.[18]

The offence in section 228 may be committed by discharging "a firearm, air gun or air pistol." The section refers to the intent to wound, to maim, to disfigure and to endanger life. To "wound" is to break the skin.[19] To "maim" a person is to render him less able to defend himself.[20] To "disfigure" denotes something more than a temporary marring of the figure or appearance of a person.[21] It includes injuries such as "the cutting off of an ear or nose, the slitting of a nose or the causing of a permanent scar on the face by throwing acid."[22] The intent to endanger life is different from, and less serious than, the intent to kill.[23]

By section 229, it is an offence to administer a poison or noxious thing to the victim with intent to endanger life, to cause bodily harm or to annoy. A "substance is a noxious thing if, in the light of all the circumstances attendant upon its administration, it is capable of effecting, or in the normal course of events will effect, a consequence defined in section 229."[24] In determining whether a substance is noxious, a court may consider "its inherent characteristics, the quantity administered, and the manner in which it is administered."[25] The *mens rea* required under section 229 is proof that the act of admin-

---

justify the conclusion that there was an intent at least to disfigure the victim. In *R.* v. *Patrygura*, *supra*, note 13, pp. 334-335, it is mentioned that if the Crown proves an act committed by the accused whose natural consequence would be an injury to the victim, the guilty intent required may be found and the accused convicted accordingly in the absence of any explanation on his part.

17. See *R.* v. *Walton* (1974), 14 C.C.C. (2d) 523, p. 526, where the charge of causing bodily harm with intent to endanger life did not specify the means by which harm was inflicted, nor did it use any other words from which it could be inferred that the harm alleged was necessarily caused by assault. Therefore assault, not being included in the charge as formulated nor in the offence as described in the enactment, was not necessarily involved.

18. *R.* v. *Martin*, *supra*, note 12, pp. 319-320. A person is charged with shooting at another with intent to cause grievous bodily harm. It was held that shooting at a person was an assault and that even though the accused is found not guilty of the intent, he may be convicted of common assault as being a lesser offence. In *R.* v. *Christmas* (1975), 12 N.S.R. (2d) 489, p. 491, the judge reached the conclusion that even if the test of what is an included offence is as narrow as suggested in the *Walton* case, the charge in this case by indicating that bodily harm was caused "with intent to maim" implies that the harm was caused by an assault. Maiming necessarily involves an assault.

19. In *R.* v. *MacPhee* (1979), 45 C.C.C. (2d) 89, p. 91-92, the judge refers to the case of *R.* v. *Taylor and Young* (1923), 40 C.C.C. 307, in which it is affirmed that "any and every 'wounding' ... must cause 'actual bodily harm' ...."

20. In *R.* v. *Schultz* (1962), 133 C.C.C. 174, pp. 178 and 180, the court considered that to break a man's leg was a sufficiently serious injury to amount to maiming. An injury to any part of a man's body which may render him, in fighting, less able to defend himself or to annoy his adversary shall be esteemed a maim.

21. *R.* v. *Innes and Brotchie*, *supra*, note 16, p. 550, *per* Robertson J. A.

22. *Ibid.*, p. 551.

23. Keeping this principle in mind, it was held in *R.* v. *Boomhower* (1974), 20 C.C.C. (2d) 89, p. 91, that the acquittal of the appellant on two counts for attempted murder was not inconsistent with his conviction on the count of discharging a firearm with intent to endanger life under section 228 of the *Criminal Code*; see also, *R.* v. *Ross*, [1975] 5 W.W.R. 712.

24. *R.* v. *Burkholder* (1977), 34 C.C.C. (2d) 214, p. 219, *per* Prowse J. A.

25. *Ibid.*

istering the substance was accompanied by an intention to cause the particular harm defined in the section.[26]

The basic offence in section 228 is the causing of bodily harm with the necessary intent. The aggravating factors are, therefore, the outcome and accompanying intent. But the section also criminalizes acts which are simply dangerous to the person. The offence may also be committed if certain weapons are employed with the necessary intent.

An intent to resist arrest or to commit some further offence forms an ingredient of several *Code* offences. An intent to prevent arrest or detention is the third possible element required for the offence of causing bodily harm (paragraph 228(*c*)). An intent to enable oneself or to assist another to commit an indictable offence is the intent required for the offence of overcoming resistance to the commission of an offence (section 230). An intent to prevent lawful arrest is one specified for the commission of an offence under subsection 246(1). And of course, assault with intent to steal is robbery as defined by section 302.

With these offences, the prosecution must again prove that the accused had the defined intent. There must be "a specific intent attending the purpose for the commission of the act."[27] Such intents are "deliberate steps taken towards an illegal goal."[28] There will be no conviction if there is reasonable doubt that the accused had or was capable of forming the intent, although there may be a conviction for the included offence of common assault.[29]

(2) Assaults on Specific Victims

The *Code* also contains several offences consisting of assaults on specific victims. Section 172 of the *Criminal Code* prohibits assaults on clergymen carrying out their duties. Section 201 forbids a master unlawfully to cause bodily harm to his servant or

26. *Ibid.*, pp. 220-221:

> The section does not provide that it is an offence to administer a noxious thing to another person. The offence is constituted by the mental element that accompanies the act of administering a substance that is in fact noxious. The Crown need not prove that the accused knew the substance was noxious (although that may be relevant in establishing intent). The Crown need only prove that the substance administered was noxious. Thereafter it must establish the necessary intent.

27. *R.* v. *George*, *supra*, note 5, p. 877, *per* Fauteux J.

28. *Supra*, note 5, p. 890, *per* Ritchie J. The following comment is made:

> In considering the question of *mens rea* a distinction is to be drawn between intention as applied to acts done to achieve an immediate end on the one hand and acts done with the specific and ulterior motive and intention of furthering or achieving an illegal object on the other hand.

29. *Supra*, note 5. The accused was acquitted of the offence of robbery because he did not have the capacity to form the specific intent required as a constituent element for the offence of theft. He was nevertheless found guilty of common assault. In *Luckett* v. *The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1140, pp. 1141 and 1147, it was held that there are two circumstances under which an offence is included in another: it can be included in the offence as described in the enactment creating it or as charged in the count. The judge concludes that the lesser offence must not be included in all the subsections of the offence charged as described in the enactment.

apprentice. Subsection 246(1) proscribes assaults on peace officers and others executing lawful process.

There is extensive case-law dealing with the offence in paragraph 246(1)(*a*) of assaulting a peace officer in the execution of his duty. The *mens rea* of the offence requires that there be knowledge that the person assaulted is an officer. The accused must, therefore, have the mental ability to recognize the officer,[30] and must be aware of the identity of the victim.[31] The intent must be to assault an officer. The prosecution need not, however, prove that the accused knew that the officer was executing his duty; the person who assaults a victim whom he knows to be an officer does so at his peril.

However, the offence requires the officer to be executing his duty at the time of the assault.

> [T]the duty of an officer extends beyond simply the apprehension of criminals, the detection and prevention of crime and the preservation of the peace ... it extends to the situation ... where a peace officer, while on duty as such, comes upon a person showing every indication of committing suicide. He is under a duty to take reasonable steps to save his life.[32]

Difficult questions frequently arise whether the officer (who must in fact be a peace officer) was exercising lawful powers.[33] There can be no conviction if, for example, a policeman is making an unlawful arrest,[34] or is exceeding his powers so as to interfere

---

30. In *R.* v. *Connolly*, [1967] 1 C.C.C. 101, pp. 104 and 105, the question was whether or not the accused at the time he struck the policeman had the necessary criminal intent to commit the act of violence. Because of the severity of the injuries to his forehead and to the vortex of the skull, it was held that he was not able to form a rational intent unlawfully to assault a peace officer in the course of his duty. He had temporarily lost the power of co-ordination. In *R.* v. *Vicko* (1973), 10 C.C.C. (2d) 139, p. 140, it was held that when the accused because of his having ingested LSD is not in a mental condition to know that the victim is a peace officer, a conviction cannot stand.

31. In *R.* v. *McLeod* (1954), 111 C.C.C. 106, pp. 118-119, the following comment is made:

> Where knowledge of a constituent of the crime is an essential ingredient the prisoner is entitled to be acquitted when the evidence fails to establish or negatives the specific knowledge required regardless of any other offence the accused may have been committing because the crime charged has not been proven.

Therefore the fact that the accused in any event was guilty of a common assault does not render him liable for the offence of assaulting a police officer in the absence of the necessary *mens rea*.

32. *R.* v. *Dietrich* (1978), 39 C.C.C. (2d) 361, p. 364 *per* Rae J. At pp. 363 and 365 it is said that the duty of a peace officer goes beyond intervening only when someone is doing anything illegal. It should be noted that he has a general duty to protect the life and property of the inhabitants but it is not every act of his in purporting to carry out this duty that is justified.

33. See, for example, *R.* v. *Dean*, [1966] 3 C.C.C. 228, p. 228, in which the assault occurred when the police officer was seeking to arrest the accused at which time he was acting within his powers to arrest without warrant. It was decided that the arrest being lawful, the officer was in execution of his duty at the time of the assault upon him. See also *R.* v. *Todd* (1978), 6 B.C.L.R. 66.

34. See *R.* v. *Kelly*, [1970] 4 C.C.C. 191; *R.* v. *Allen* (1971), 4 C.C.C. (2d) 194, pp. 195-196, where the officer gave evidence that he had not intended to arrest the young woman for what had already taken place but that something more occurred (he was slapped by her) and he wanted to prevent further trouble. His authority had been flaunted and it was decided that he was not acting in the course of his duties; *R.* v. *Lascelles* (1971), 2 C.C.C. (2d) 134; *Gamracy* v. *R.* (1973), 12 C.C.C. (2d) 209, p. 211. When an arrest is made without possession of a warrant but pursuant thereto, it was held that the duty of the officer is entirely discharged by telling the arrested individual that the reason for his arrest was the existence of the outstanding warrant. It was not part of the officer's duty to obtain the warrant or to ascertain its contents in order to inform the accused.

with personal freedoms.[35] An officer may be in execution of his duty even though technically a trespasser.[36]

(3) Assaults with a Weapon or Causing Bodily Harm

Assault can also be aggravated by virtue of being committed with a weapon or causing bodily harm. Whereas the penalty for assault is five years, the penalty for an assault with a weapon or causing bodily harm is ten years (subsection 245.1(1)). And the penalty for aggravated assault, defined by section 245.2 of the *Criminal Code* as one which wounds, maims, disfigures or endangers the life of the victim, is fourteen years.

D. Related Offences — Threatening

The *Criminal Code* includes a further group of offences involving non-fatal interferences with the person. The *actus reus* in these offences does not necessarily require any direct application of force to the victim. They are concerned with other forms of interference with the freedom and safety of individuals or of the public. Some offences seek to protect the freedom of movement or action by prohibiting unlawful intimidation, confinement or abduction. Others are directed against the creation of general hazards or the neglect of dependants in need of care. Here we consider only offences involving threatening.

Unlawful threats may be made for various reasons. Sometimes the object will be economic advantage, as in threats of violence used in robbery or blackmail. Threats may also be used to extort sexual relations or to obstruct justice. Such threats may properly be dealt with as offences against property, sexual offences or offences against the administration of justice.

Other threats may be made simply to annoy. They may also be made to intimidate someone not to do something they have every right to do. Such a threat may be designed

---

35. In *R.* v. *Tunbridge* (1971), 3 C.C.C. (2d) 303, p. 305, the constables exceeded their duty when they purported to decide that in the best interest of the child it should go with the mother, and then proceeded with their attempt physically to take it from the father. There was no reasonable apprehension of injury to the child or of some breach of the peace. In *R.* v. *Corrier* (1972), 4 N.B.R. (2d) 775, pp. 781-782, the police officer was investigating an alleged theft and he was acting within the scope of his duties by questioning the appellant and searching his car. But when he sought to seize the car in order to obtain evidence of the commission of the offence, his conduct was *prima facie* an unlawful interference with the appellant's right to possession of the car. He was not performing a duty imposed upon him either by common law or by statute.

36. In *R.* v. *Stenning*, [1970] S.C.R. 631, pp. 636-637, the question was to determine whether the constable was engaged in the execution of his duties at the time he broke into the building. On the facts of this case, whether he was technically a trespasser or not he was in the course of his duty at the time he was assaulted, and at that time there had been no unlawful interference with either the liberty or the property of the respondent. The constable was there to investigate; he was on duty.

to stop a person from going to his workplace; or, the threat may be made to interfere with a personal relationship. These sorts of threats may properly be classified as offences against the person, that is, threats of injury or harm which interfere with the victim's personal freedoms of choice and action but which do not constitute sexual or other offences. These threats will be referred to as "pure personal threats."

Threatening offences seek to protect against fear and intimidation. They also serve a preventative function, criminalizing conduct before tangible harm is done. The value protected by threatening offences is the liberty of action: the freedom of choice and of action should not be curtailed by unlawful intimidation.

Under existing law, pure personal threats are dealt with in four sections of the *Criminal Code*:

> By paragraph 244(1)(*b*), assault is committed if a person "... threatens, by an act or gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe upon reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose."
>
> By subsection 305(1), extortion is committed if threats are used "to induce any person, whether or not he is the person threatened ... to do anything or cause anything to be done ...." The threats must lack reasonable justification and must be made "with intent to extort or gain anything."
>
> By section 331, it is an offence to communicate threats by mail or telephone.
>
> By section 381, it is an offence to use threats, intimidation, watching, besetting or following to compel "another person to abstain from doing anything that he has a lawful right to do, or to do anything that he has a lawful right to abstain from doing."

These provisions dealing with pure personal threats draw various distinctions. The assault offence in section 244 envisages a "face-to-face" threat by act or gesture and requires that there be present ability to carry it out. The ability to carry out the threat is not required in the "long distance" verbal threat in section 331, the general intimidation offence in section 381 or in extortion (section 305). The threat of force in assault must be directed against the other person. With the other offences, the threat may be a threat of harm to a third party or to property.

The word "anything" in section 305 is wide enough to include extorting sexual acts.[37] The threat involved must be such as to intimidate, alarm or unsettle a person of ordinary firmness.[38] A threat to do something which the complainant knows is supposed

---

37. In *R.* v. *Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340, p. 354, it was held that the word "anything" should be construed widely enough to include obtaining from the complainant the use of her body. It should not be narrowly restricted to mean only tangible material things, and sexual intercourse can be the subject-matter of a charge under this section. See also *R.* v. *Bloch-Hansen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 143, p. 146.

38. *R.* v. *Bloch-Hansen*, *ibid.*, pp. 146-147. The test is not whether the threat alarmed the particular person to whom it was destined. The threat is expected to "overcome the will of an ordinary person," to "raise sufficient fear to unsettle the mind and take away the voluntary action of a reasonably sound individual."

to happen anyway, is insufficient.[39] The evil need not be one to be inflicted personally by the threatener; advising a victim that he may be dealt with by a violent third party is sufficient.[40] To constitute a defence to the charge in section 305 "there must be reasonable justification or excuse not only for the demand but for the making of the threats or menaces by which the accused sought to compel compliance with the demand."[41] A threat to cause death or bodily harm cannot be justified.

> When it is proved that threats have been made for the making of which there could be no justification or excuse, that the threats were made with intent to gain something and were calculated to induce the person threatened to do something, the commission of the crime ... is established, and it is unnecessary to inquire whether the person making the threats had a lawful right to the thing demanded or entertained an honest belief that he had such a right; that inquiry would be necessary only if the threats were such that there could be reasonable justification or excuse for making them.[42]

The accused's intention must be to "extort or gain" something but it is not necessary to consider what the accused intended to do with the item once it was obtained.[43]

The offence in section 331 "consists in the simple expression of a thought,"[44] but it can be committed only through the types of means or methods mentioned in the section.[45] An oral, face-to-face threat is not included; it was not Parliament's intention to make such a threat a more serious offence than assault.[46] The Crown need only prove that the

---

39. *Ibid.*, p. 147. In the present case, the complainant knew she was supposed to be sent to jail on a warrant. The court was satisfied that an ordinary person being held on a warrant under similar conditions would not be threatened by the suggestion that she would be taken to jail.

40. *R.* v. *Swartz* (1977), 37 C.C.C. (2d) 409, p. 412. In this situation Swartz did not threaten personally, but on behalf of criminals of known violent propensities. In the judge's opinion such a representation which was false to his knowledge may well be a greater threat than if the threatener said he would himself do violence to the person threatened.

41. *R.* v. *Natarelli and Volpe*, [1968] 1 C.C.C. 154, p. 160 *per* Cartwright J.

42. *Ibid.*, pp. 160-161.

43. In *R.* v. *McClure* (1957), 26 C.R. 230, p. 236, it was said that what the accused intended to do with the money after he had obtained it was irrelevant even though he intended the two hundred dollars eventually to find its way back to the owner.

44. In *R.* v. *Nabis* (1975), 18 C.C.C. (2d) 144, p. 154 *per* Beetz J., aff'g. (1973), 12 C.C.C. (2d) 268, it should be noted that the following comment is made:

> That the expression of a thought should of itself constitute a serious crime regardless of the form it takes, the motives of its author and its present or probable effects on the victim or on any other individual seems to me to be contrary to the general economy of our criminal law and also likely to lead to many difficulties, for countless are those who do not weigh their words.

45. In *R.* v. *Basaraba* (1976), 24 C.C.C. (2d) 296, p. 297, it is held that "[t]he essence of an offence under s. 331 Cr. C. is the means of expressing a threat." That essential element was absent from the charge which alleged that the accused did, by word of mouth, utter a threat to one person, to cause death to another person, but it did not allege that the accused used one person as a means of causing another person to receive a threat. It is interesting to note that the court found it unnecessary to decide whether the use of an intermediary as a means of communicating a threat fell within the scope of the section.

46. *R.* v. *Nabis*, *supra*, note 44, pp. 153 and 155. Why would Parliament take the trouble to enumerate, even in a non-exhaustive manner, various means of expressing threats if its purpose was to prohibit threats by whatever means they are uttered? Parliament has delimited the boundaries of the offence and a line must therefore be drawn with respect to the means by which the threats can be uttered. "... I would at least stop at the simplest, most direct and most frequently used mode of expression, the oral proffering

threats were uttered through the required means; it is not necessary to show that the recipient appreciated that he was being threatened,[47] or that the accused intended to carry out the threat.[48] The intended victim does not have to be the direct recipient of the threat.[49]

The offence in section 381 may be committed through the intimidation in various ways of specific persons,[50] or by the general obstruction of the highway.[51] Prosecutions usually involve industrial disputes but the offence is not limited to that context.[52] The accused's purpose is an essential ingredient of the offence which the Crown must prove.[53] The offence may be constituted where the accused makes a veiled or indirect threat without physical violence[54]; pressure in the nature of nuisance or trespass is sufficient.

---

of a threat face to face, especially as it appears never to have amounted to a criminal offence." In *Henry* v. *R.* (1982), 24 C.R. (3d) 261, p. 263, it was held that assuming, as suggested by a passage in *Nabis*, that a threat may be made by means of an intermediary, in this case there was no evidence that the appellant intended that the named persons should act as intermediaries to express the threats to kill a police officer. Therefore paragraph 331(1)(*a*) of the *Criminal Code* did not find application.

47. *R.* v. *Carons* (1978), 42 C.C.C. (2d) 19, p. 21. The victim in this case failed to appreciate that the respondent threatened to kill her. In the judge's opinion it was irrelevant whether such failure arose from the threatener's state of intoxication, from her own mental or physical condition or from her failure to hear the message correctly.

48. *R.* v. *Johnson* (1913), 9 Cr. App. 57, p. 59. The question was whether, to constitute an offence under the section, it was necessary that there should have been an intention to carry out the threat to kill contained in the letter. The judge concludes that: "... the gravamen of the charge is not in sending the letter or in meaning to carry out the threat; the offence is in maliciously sending and uttering the letter."

49. *R.* v. *Thompson* (1981), 59 C.C.C. (2d) 514, p. 516. Under that section, the threat must be communicated either directly or through an intermediary to the person who is the intended victim. Following the judge's opinion, such an interpretation is in accordance with the intention of the legislation. There is no identification of recipient and intended victim and Parliament would have expressed its intention by using a different language if its intention was to the contrary.

50. In *R.* v. *Rowley* (1972), 6 C.C.C. (2d) 388, p. 390, it was held that from the use of the words "that person" in paragraphs 381(1)(*a*) to (*f*) of the *Criminal Code*, it was apparent that the offences created by each of them were concerned specifically with the intimidation of an identifiable person.

51. *Ibid.* By contrast, paragraph 381(1)(*g*) does not contain such words. The offence created by that paragraph is concerned with the interference with any person identifiable or otherwise by the obstructing of a public highway. See also, *R.* v. *Stockley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 387.

52. In *R.* v. *LeBlanc*, [1964] 3 C.C.C. 40, pp. 44-45, the accused was held guilty of wrongfully and without lawful authority threatening violence to Jehovah's Witnesses for the purpose of compelling them to leave the locality and to abstain from calling on other people. In the judge's opinion they were entitled to propagate their faith in a lawful manner; they had a right to be in the locality and to call on others. In *R.* v. *Basaraba*, *supra*, note 45, p. 298, the judge, in considering whether section 381 of the *Criminal Code* was confined to the context of industrial disputes, noticed that the language of the section itself does not so limit its application. The heading applicable to the section is "Intimidation" and one can envisage many instances of offences which would fall outside trade union activity.

53. In *R.* v. *Branscombe* (1957), 25 C.R. 88, p. 89, it was held that it would be impossible for the Crown to prove by direct evidence the purpose the accused had in his mind. Such a purpose must necessarily be found "by reference to the circumstances and by inference from the evidence showing the circumstances in each particular case."

54. In *R.* v. *Bonhomme* (1947), 88 C.C.C. 100, pp. 102-103, it seemed evident that the mention made by the accused of an incident involving a colleague of the complainant was for the purpose of strongly impressing her in order to prevent her from continuing to work freely. The judge mentioned that the right to strike exists in certain conditions but it does not confer the right to prevent others who so wish from working.

The accused's actions must be performed "wrongfully and without lawful authority" as where picketing "is carried on in a manner which creates an obstruction, unlawful assembly, violence, trespass or otherwise in an unlawful manner."[55]

55. *R.* v. *Doherty and Stewart* (1946), 86 C.C.C. 286, p. 294. At page 291, it was held that employees and officials of the company were deliberately prevented from entering the plant by the accused. It was done intentionally "with a view to compel" them to abstain from work. The decision was to the effect that it is sufficient if it be shown that they were constrained by any means from pursuing their normal course of employment.

II.

Origins — English Law

Our present law, on this as on so many other matters, derives from English law. In 1892[56] the authors of the *Criminal Code*, like those of the English *Draft Code* on which it was modelled, built substantially on previous legislation. This consisted basically of the English *Offences against the Person Act 1861*,[57] which the new Dominion of Canada enacted by a statute in 1869[58] and adopted with minor changes by another statute in 1886.[59] Apart from the merging in the *Code* of assault and battery into one offence and the creation of the new offence of unlawfully causing bodily harm, the 1861 *Act* is the basis of our present law.

The *Offences against the Person Act 1861* provided a virtual code of crimes of violence. Of its seventy-nine sections, ten dealt with (without defining) murder and manslaughter, five with different attempts to commit murder and the rest with other violent offences. Section 18 concerns serious wounds inflicted with intent to maim, disfigure, disable or do grievous bodily harm. According to Stephen,[60] this section creates twenty-four separate offences and forbids any and every combination of four acts (wounding, causing grievous bodily harm, shooting at any person and trying to fire loaded arms at any person) with any one of six intentions (intent to maim, disfigure, disable, do some other grievous bodily harm, resist lawful apprehension and resist lawful detainer). Meanwhile the basic crimes of assault and battery themselves were left to be defined by common law.

For, prior to the 1861 *Act*, two basic non-fatal crimes of violence had emerged in common law, namely, assault and battery. An assault was any intentional act, for example, raising one's fist at a person, thereby causing another to apprehend immediate and unlawful violence. A battery was any intentional act, for example, striking or hitting another, inflicting violence on another.

---

56. S.C. 1892, 55-56 Vict., c. 29.
57. U.K. (1861), 24-25 Vict., c. 100.
58. S.C. 1869, 32-33 Vict., c. 20.
59. S.C. 1886, 49 Vict., c. 51.
60. Sir James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883, reprinted New York: Franklin, 1964), vol. 3, p. 117.

In addition, certain other more serious crimes of violence were created. Some were creatures of common law, like the felony of mayhem and the lesser offence of wounding, which were noted by Blackstone[61] when discussing offences against the personal security of the subject. Others were created by a succession of statutes culminating in the *Offences against the Person Act 1861*.

61. Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769, reprinted London: Dawson of Pall Mall, 1966), vol. 3, p. 121.

III.

Shape and Characteristics of English Law

A brief glance at this area of English law reveals three salient features. First, there was a general progression from comparative leniency to considerable strictness regarding violence. Hand in hand with this went a gradual "trivializing" or "technicalizing" of the concept of assault. Thirdly, there was the eventual emergence of the present arrangement of two basic crimes and a superstructure of specific offences.

Homicide apart, offences against the person were treated by English law with surprising lenience, especially when compared to property offences. Fine was the punishment for maiming another "of any member whereby he is less able to fight, as by putting out his eye ...." Fine too was the punishment for committing "unlawful assault, beating, wounding, or such like trespasses against the body of any man." This situation continued until 1803[62] when an Act was passed converting several such offences, particularly attempts to commit murder, into capital crimes.

Next, the "trivializing" of assault. In Bracton's time, when every felony was a trespass and every civil wrong a punishable offence, mere bruises which didn't break bone or draw blood were insufficient to ground a charge of felony. Later, by the end of the seventeenth century, such assaults were being taken notice of by the law, provided they were done wilfully, in anger or in a hostile manner, such as violently jostling someone out of the way, snatching something from his hand or spitting in his face. Eventually even this requirement disappeared: the slightest "force" came to constitute a battery if exercised intentionally, and without the victim's consent — mere touching is enough.[63] In the event, assault, force and violence have acquired in English and hence in Canadian law mere technical connotations, namely, intentional contact *in invitum*.

Finally, the gradual trivialization of assault produced a division of non-fatal crimes of violence into two categories: mere assaults and assaults causing bodily harm. There is no concept of anything between the two.

---

62. U.K. 1803, 43 Geo. III, c. 58 (*Malicious shooting or stabbing*). See also Stephen, *supra*, note 60, p. 114.
63. Stephen, *supra*, note 60, p. 108.

Meanwhile the words "bodily harm" were at first left undefined. In course of time they were interpreted by the courts as meaning "any hurt or injury that interferes with the health or comfort of a person ... and is more than merely transient and trifling."[64] Finally this definition was statutorily adopted by subsection 245.1(2) of the *Code*.

64. *R.* v. *Maloney* (1976), 28 C.C.C. (2d) 323, p. 326, *per* Lesage Co. Ct. J.

IV.

Shortcomings and Problems with Present Law

Looking back at our present law in the light of its historical origins we can see various shortcomings and several problems. First, there are shortcomings of a formal nature that have to do with poor arrangement generally and lack of clarity specifically over basic offences. Next, there are shortcomings of a more substantive kind that concern definition of *mens rea* and *actus reus* in the basic offences. Third, there are problems that relate to policy issues like the role of consent, the question of medical treatment, the matter of sports and the business of corporal punishment.

A. Formal Shortcomings

(1) General Arrangement

Clearly the chapter of the *Criminal Code* on non-fatal crimes of violence is in disarray. Far from being organized in a coherent, systematic manner, the offences are scattered haphazardly throughout the *Code*. The basic offences of assault and causing bodily harm are defined in sections 244 to 245.3. But apart from assaults on peace officers, which are dealt with in section 246, and sexual assaults, which are dealt with in sections 246.1 to 246.8, the other specific types of assault and related offences are defined in sections preceding sections 244 to 245.3 or in much later sections quite remote from them.

Many types of assault are provided for in sections appearing much earlier in the *Code* (in one case even in Part I — General) than that dealing with the basic offence on which they are built or of which they form specific instances. So, for example, sections 38, 41 and 42 of the *Criminal Code*, which concern defence of property, provide that resistance by trespassers in certain circumstances shall be deemed to be assaults. Section 172 covers assaults upon officiating clergymen. Section 201 deals with masters causing bodily harm to servants and apprentices. Section 228 defines the offence of causing bodily harm with intent, an aggravated variant on causing bodily harm defined in section 245.3.

Similarly, many other offences which are not assaults but rather related offences are defined in *Code* sections appearing much earlier than the basic offences to which they are related. Section 81 deals with prize-fighting. Section 84 creates the offence of pointing a firearm. Section 171 prohibits causing a disturbance in a public place by a variety of acts including fighting, molesting and discharging firearms. Section 174 proscribes the throwing of offensive volatile substances. Section 229 deals with administering a noxious thing, and section 231 concerns traps likely to cause bodily harm.

At the same time, some specific types of assault or related offences appear much later in the *Code* than do the sections on basic offences. Section 253, for instance, deals with the communication of venereal disease. Section 331, which appears in Part VII on offences against rights of property, concerns uttering threats by letter, telegram, telephone, and so forth. Section 381.1, which is located in Part VIII on fraudulent transactions relating to contracts and trade, makes it an offence to threaten to assault an internationally protected person.

From this short examination, it can readily be seen that the overall structure, arrangement and organization of the laws relating to assault and similar offences are seriously unsystematic. Different offence-creating sections appear scattered at random throughout the *Code*, not even being restricted to the Part dealing with offences against the person. Needless to say, this puts a burden on the user of the *Code*, who has to retain in his mind the various offences, see how they differ and note where they overlap.

(2) Definitions of Basic Offences

Several problems, already hinted at, arise regarding the two basic offences of assault and unlawfully causing bodily harm. These relate to the concept of assault itself and to the relationship between assault and causing bodily harm.

Under present law contained in sections 244 and 245.3, the basic offences are only two in number: assault and unlawfully causing bodily harm. Assault, however, covers both common law battery (direct application of force) and common law assault (threat of immediate application of force). But these are surely two radically different offences, one involving frightening without touching and the other touching without necessarily frightening.

Now under present law assault can be committed in four different ways. It can be committed by direct application of force (paragraph 244(1)(*a*)), by attempting to apply force (paragraph 244(1)(*b*)), by threatening to apply force (paragraph 244(1)(*b*)) and by accosting or begging while wearing a weapon (paragraph 244(1)(*c*)). Direct application of force is the statutory version of common law battery. Threat of force is the statutory counterpart to common law assault. Attempt to apply force is merely an attempt to assault and is therefore surplusage because an attempt to commit a crime is itself a crime by virtue of section 24 of the *Criminal Code*. Armed begging, an act remote from both the

actual application of force and the threat of immediate violence, is a comparative newcomer under the rubric of assault. In short, "assault" in the *Code* confuses several quite different types of behaviour which, as we explore later, infringe different values.

Confusion also arises from the overlap of assault and causing bodily harm. Assault is defined in the manner outlined above by section 244 of the *Criminal Code*. Section 245 then sets out the penalty for this offence. Then section 245.3 deals with the offence of unlawfully causing bodily harm, an offence formerly provided for by subsection 245(2). This latter offence, though nowhere defined, clearly by virtue of the definition of "bodily harm" in subsection 245.1(2), includes all assaults other than those of a trifling nature. This can cause confusion.

Such confusion relates particularly to the question of consent. By definition, assault in terms of battery requires the victim's non-consent — it is an *in invitum* crime. By contrast, unlawfully causing bodily harm has no such requirement — the victim's consent or lack of it appears irrelevant. This being so, a person inflicting bodily harm on a consenting victim might have to be acquitted of assault causing bodily harm under paragraph 245.1(1)(*a*), but convicted of unlawfully causing bodily harm under section 245.3.

B. Substantial Shortcomings

(1) *Mens Rea*

As we have already seen, the exact nature of the *mens rea* for assault in Canada is less than fully certain. Case-law in England extends it to include not only intent but also recklessness, whereas case-law in Canada has not yet gone this far. Meanwhile, textbook writers are divided, Stuart[65] considering Canadian law to be the same as that of England, and Mewett and Manning[66] considering the *mens rea* of assault in Canada to exclude recklessness.

(2) *Actus Reus*

As we have also seen already, there is considerable lack of clarity as to the exact nature of the *actus reus* of the basic offences. This relates partly to the question of

65. Stuart, *supra*, note 9.

66. Mewett and Manning, *supra*, note 10.

omission since, notwithstanding certain developments in England, it is unclear how far in Canada assault can be committed by failure to act as opposed to positive action. It relates partly to the question (not entirely settled) as to how far it can be committed by mere words alone. It relates partly to the meaning of "bodily harm," which as we saw, can cover almost anything. Finally, it relates to the matter as to how far in present law the victim's consent is of any relevance.

As regards the present law, it is clear that sometimes, as in the case of mere touching, consent is a defence, and that in general, where the contact is intended to cause death or serious harm, consent is no defence. It is also clear that even in circumstances going beyond mere touching (for example, in surgical operations and in lawful sports) consent can prevent the force from being unlawful. What is unclear is the extent to which the same rule applies or does not apply in Canada outside the operating theatre and the sports arena, for example, in sado-masochistic circumstances.

C. Policy Issues

(1) General

For law reform, consent raises by contrast a policy question. Given that consent can legitimize touching, how far should it be able to legitimize more than this? If it can legitimize harm (in the sense defined in subsection 245.1(2)), for the purpose of medical treatment or competitive sports, why should it not also be able to legitimize it for other purposes? On what principle should consent be relevant in the one case but not in the other?

The issue of consent, then, is intimately bound up with the whole question of medical and similar treatment, with contact and combat sports, and possibly with domestic violence and corporal punishment. Of course, whatever provisions the law were to contain, these issues would still be problems. In our view, however, the problems are bedevilled and accentuated by special factors related to the three characteristics already noted as pertaining to the law we have inherited.

(2) Special Factors

As we saw earlier, the development of this area of law was characterized by a move from leniency to strictness concerning violence, by a gradual trivializing of assault and by construction of two tiers of offences, namely, mere assault and aggravated assault,

the latter usually involving actual bodily harm. Each of these three characteristics has had unfortunate results.

Let us examine first the move from leniency to strictness. This has done much to rob the terms "force" and "violence" of any real meaning within the language of the law. In earlier times the application of force or violence would have meant much the same as it still means in ordinary non-legal discourse and would have involved at least some measure of undue pressure. Today in law it means any mere intentional touching of an unconsenting victim and connotes force or violence in a wholly artificial and technical sense.

This development, going hand in hand with the trivialization of assault, has in our view confused the matter of consent and the question of the value infringed by technical assault. The value in question is that of privacy and bodily inviolability — the notion that everyone has a right that others not touch him against his will nor invade his personal space. But such is the nature of life in society that there are many contacts which no one ordinarily objects to or would be taken to object to — contacts involved in handshakes, kissing, sexual intimacy, grooming, medical treatment, contact sports, accidental jostling, and so forth. In such cases, the contact occurs without objection and is no assault.

Now the conventional legal account of all this involves the notion of consent. Assault (in the earlier sense of battery) is said to be touching a person without his consent. Conversely it is no assault when he consents. And he may consent explicitly (for example, the victim of a break-in may expressly consent to be fingerprinted) or impliedly (for example, to the ordinary contacts encountered in normal social intercourse).

The problem with this account is that it puts things upside-down. It suggests — and there is merit in this — that touching others is forbidden, but it also suggests that this rule is negated if the person touched expressly or impliedly consents. Express consent, however, is comparatively rare, and mostly the consent in question is, in fact, fictitious. In the case of the ordinary contacts mentioned above, people are *taken* to consent unless they make it clear that they do not, that is, unless they positively object.

The nub of the matter, then, in the context of technical assaults, is not whether the victim consented but rather, whether he objected. Assault is essentially a touching *in invitum* — taking liberties with another's person. So, in the case of ordinary social contacts, the law should surely be that no offence is committed except on a clearly unwilling and objecting victim. In the case of contacts outside the ordinary run of things, the law should leave it to be inferred that the victim would in all probability have objected, had he been given a chance to — few people would not object to being spat on.

More serious, however, is the way the law erected serious assaults on the back of technical assaults. To a large extent many of the specific aggravated offences of violence are viewed as differing from the basic offences only in degree. Ordinary assault is applying technical force to a non-consenting victim, and aggravated assault is applying more force, that is, more than technical force, to a non-consenting victim. And force that is more than technical is force that causes bodily harm.

This view obscures at least three things. It blurs the fact that the difference between simple and aggravated assault is not so much a difference in degree as a difference in kind — touching that causes harm involves an additional dimension quite absent from mere touching. It confuses the two different values at stake: the law against simple assault protects one's right to bodily *inviolability* and to security against having liberties taken with one's person, whereas the law against assaults causing bodily harm protects one's right to bodily *integrity* and to security against bodily injury — the former looks to a kind of right to privacy and the latter to a right to be left whole. Finally it muddies the waters as concerns consent, because true consent is always a defence to simple assault but not necessarily always to assault causing bodily harm. Simple assault is essentially an act *in invitum* and assault causing bodily harm is not. However, offences which are not *in invitum* cannot really be built on the backs of those which are.

Most noteworthy of all, however, is the failure of English and hence Canadian law to recognize the existence of anything between simple assaults and those involving bodily harm. All that the law has provided for is simple assault (in the sense of battery) and a variety of more serious assaults causing harm. And, as we saw, the latter are seen simply as aggravated forms of the former.

Yet if we step back from the law, we cannot help seeing that in this context there are not two but three possibilities. At one end of the spectrum is *touching*, which only becomes objectionable when the victim objects or where it is clear that anybody in his shoes would object. At the other end is *harming*, which produces some permanent or long-lasting impairment of the victim's body or its functions and which may be objectionable whether or not the actual victim objects. There is a value set on physical wholeness and a general objection made to its impairment. Midway between touching and harming comes *hurting* (in the sense of inflicting pain without causing injury or damage) which is objectionable but only *prima facie* because there is no objection where the actual victim consents.

In our view, the failure to recognize a place for hurting has contributed to confusion. It has led the courts to stretch the meaning of "bodily harm" to cover "hurt ... that interferes with *comfort*" so long as it is more than transient or trifling — presumably it would cover what is done to patients sometimes by dentists and doctors. It has helped to misconceive the role of consent, because it may be argued that consent can legitimize hurt but cannot in general legitimize harm. It also obscures the existence of another value — the value set on the right to be free from pain and suffering, as opposed to the right to be free from having liberties taken with oneself and the right to be secure from harm and injury. Finally, it prevents a truly principled approach to the issues of medical treatment and physical sports.

V.

A New Approach

In our view, a more logical approach and one more in line with ordinary common sense would be to divide assaults into three as follows:

(1) assault by touching an unwilling victim — here the unwillingness would be of the essence and would have to be proved by the prosecution either from evidence of express objection or from circumstances from which objection could be inferred;

(2) assault by hurting, that is, inflicting pain — here again unwillingness on the victim's part would be of the essence but could be presumed unless the defendant raises evidence of consent; and

(3) assault by causing harm or injury — here the victim's willingness or unwillingness would be irrelevant, but there would be a special rule for medical treatment. Note that the term "assault" is used here in an extended meaning, for the suggestion is that, unlike the first two kinds of assault which could only be committed by positive acts and with intent, this third type of assault could be committed (like all causation crimes) by omission and with recklessness.

Each offence could be aggravated by various factors. These would include the identity of the victim, the intent of the defendant and the mode of commission. Touching, hurting or harming could be aggravated, for instance, if the victim was a peace officer, if the defendant's intent was to escape justice or if the mode of commission involved firearms.

In our view, such a classification would bring many improvements. First, it would help simplify the law relating to this area by bringing it more in line with common sense and ordinary morality which recognize these distinctions. Second, it would allow the law to give to consent its proper role, permitting it to operate in law, just as in common sense, as a defence to touching and hurting, but not to harming. Third, it would deal more logically and realistically with medical treatment, would help clarify the problem of contact and combat sports and might also throw light on the problem of domestic violence and corporal punishment.

A. Medical Treatment

Medical treatment is clearly the most important issue in this entire area. As such it forms the subject of special examination by our Protection of Life Project.[67] For that reason this Paper will not deal with the matter in any detail, but will merely outline a general approach, indicating in principle how we think the question could most suitably be dealt with in a new *Code*, leaving it to a later Paper to ink in the detailed rules.

Discussion can start by laying down two truisms. One is that touching people against their will, inflicting pain on them without their consent and causing them harm merit inclusion as crimes in any decent code of criminal law. The other is that medical treatment accorded to a fully consenting patient should obviously not attract criminal liability for assault.

A simple, not to say simplistic, approach would be to build the whole area around consent. The law could provide that all touching, hurting and harming without consent is criminal. Conversely it could provide that no touching, hurting or harming with consent — whether by doctors, dentists, barbers, beauticians, tatooists, or even sadists — is criminal. On this view, medical treatment would neither be, nor need to be, put in a special case.

Clearly, this approach is too simplistic. For one thing, it is not clear that harming people should necessarily escape being criminal merely because the people in question consent. Just as the sanctity of life seems to militate against allowing consent to operate across the board as a defence to homicide, so the sanctity of the body may work against allowing consent to count as a defence to serious harm and injury. In cases where consent is so allowed to operate, we find that the acts in question are always regarded as performed for socially accepted purposes — to save life, to restore health and so forth.

For another thing, and perhaps more importantly, this is not how we ordinarily view medical treatment. It is not that we look on the surgeon as inflicting bodily harm (stabbing us and so forth), although having a good justification for doing so. It's rather that we do not regard his acts as constituting harm at all — they do not even call for a justification.

Accordingly, medical treatment would best, we think, be dealt with as follows. First, we will discuss the question of touching. Here, as in the case of the barber or beautician, a doctor or a dentist commits no offence, provided he only touches the patient with his actual or apparent consent. No special problem arises at this stage for medical treatment.

---

67. On the subject of medical treatment the reader can consult the Law Reform Commission of Canada's Working Paper: *Medical Treatment and Criminal Law*, [Working Paper 26] (Ottawa: Supply and Services, 1980). The Commission is also at the present time preparing a Report on this matter.

Second, is the question of hurting. Doctors sometimes and dentists often hurt. Here once again there is no problem, because the patient consents. Clearly we recognize that consent can license infliction of pain, for example, the pain inflicted by a beautician, a tatooist, an arm-wrestler, a boxer, a scientific experimenter, and so forth. And while we don't usually consent to pain, we do so often enough to make it impossible to exclude consent as a defence to hurting. Here too, there is no special problem for medical treatment.

Where problems do arise, they concern pain inflicted for sexual gratification. If D pays V to let D flagellate her, should V's consent be a defence? If X agrees to let Y, her immediate superior, cane her for some wrongdoing rather than report her to a higher authority with risk of dismissal, should X's consent be a defence for Y? If A pays B to inflict pain on him, should it make any difference to B's criminality whether A wants to conduct a scientific experiment, wants to be punished for his sins or is just indulging his masochism? Our own tentative view is this: since hurting causes no permanent or lasting damage, since it would be difficult for courts to inquire into motives and reasons in such cases and since it is hard to articulate a principle which would criminalize, say, the beating with his own consent of T. E. Lawrence but legitimize, say, the scourging of Henry II at Canterbury, the law should operate on the principle that consent is always a defence to hurting.[68]

Finally, there is the question of harming. On what principle are we to distinguish between the sadist who cuts off a consenting victim's ear and a surgeon who cuts off a consenting patient's leg? One thing we do not say is that both cause harm but the surgeon does so justifiably. On the contrary, what we say is this: the sadist causes harm for which consent is no defence, for a person's body is not to be impaired for any reason with or without consent, and this must be publicly condemned by society through its criminal law; but the surgeon doesn't cause harm at all — he hurts perhaps but doesn't harm, for whereas "hurt" simply describes inflicting pain, "harm" has a partly normative connotation and means to make something less able to fulfil its function. Thus a surgeon removing a diseased kidney or leg does not inflict harm as commonly understood, but rather enables the patient to function *better* without it.

In our view, the law should deal with this particular problem by way of definition and exception. First it should define an offence of causing bodily harm; then it should provide a general definition of bodily harm; and finally, it should add an exception to the effect that "bodily harm" does not cover surgical operations on consenting patients for socially accepted goals. Clearly the most obvious such goal will be the patient's own cure and benefit, but recently, we have come to accept the practice of donating organs and of undergoing scientific experiments, and these can be covered by the term "socially accepted goals." Note that the patient would still have to consent — no one should have

68. This question was resolved in quite an unsatisfactory manner in *R.* v. *Donovan*, [1934] 2 K.B. 498. This case involved flagellation of a consenting female without permanent or lasting damage being inflicted upon her. On the basis of the approach we recommend and of the facts in that case, the accused should have been acquitted, consent being a defence to hurting. If, however, the Crown had established harm, then consent of the victim would have been irrelevant. Still it would have been possible for defence counsel to plead the accused's good faith and that consent was given for a socially acceptable purpose.

treatment forced upon him. Note too that this approach would take medical treatment with consent right out of the criminal law as is surely only right.

B. Sports

Contact and combat sports present a problem with two aspects. One is a legal aspect having to do with legal definitions and concepts. The other is a social aspect relating to unnecessary violence practiced and indeed encouraged in some sports, such as hockey.

(1) Legal Aspect

The legal problem is the following: On what basis and to what extent can the use of force in contact sports constitute a lawful exception to the laws prohibiting violence? In principle of course all violence, even violence of a mere technical nature, is against the law. By way of exception, however, it has always been allowed in contact sports. This makes good sense, for otherwise no contact sports could ever lawfully be played.

The legal basis for this exception is the victim's consent. In principle, a participant in a game or sport can be regarded as consenting to:

(a) contact (and sometimes pain) in accordance with the rules of the game;

(b) contact (and sometimes pain) of an accidental nature arising incidentally in the course of it; and

(c) the risk of injury from such contact.

So, a football player impliedly consents to being tackled, to being kicked accidentally and to the risk of being injured thereby. By contrast, the participant is not taken to consent to any other contact — to contact not licensed by the rules of the game, to injuries arising therefrom or to injuries deliberately inflicted. Thus, a football player is not taken to consent to being deliberately punched in the face, or kicked in the groin or hit on the head.

Consent, however, is not the only relevant factor in the eyes of the law. Also relevant are two other matters:

(a) the nature and extent of the resulting harm, and

(b) the nature of the activity in the course of which the violence occurs.

The relevance of the nature of the harm is the following. While most sports, games and activities rule out deliberate injury, some do not. In these activities the consent of

the victim will not necessarily be a defence. If the sport is illegal, as is prize-fighting, the victim's consent becomes clearly irrelevant. If the sport is lawful, as in the case of boxing, his consent is relevant insofar as the defendant's conduct falls within the rules which are designed to minimize the risk of serious injury. Furthermore, if the activity is neither explicitly prohibited nor explicitly allowed by law, it may be said in principle that consent is only a defence, provided the harm caused is not serious, that is, it does not interfere with health or comfort, and is trifling and transient in nature. For, as was observed in *R.* v. *Bradshaw*,[69] "no rules or practice of any game whatever can make that lawful which is unlawful by the law of the land." In other words, private law cannot supersede or prevail over public law.

The relevance of the other factor, the nature of the activity itself, while clearly based on common sense, is harder to articulate. In common law tradition, some measure of violence has always been tolerated in the course of lawful sports, especially if these are carried on according to careful rules and safeguards, whereas the same amount of violence is not tolerated in the course of other activities not qualifying as such sports. The distinction which can be grasped intuitively is that the former are seen to have such social utility as to justify being carried on despite the violence involved, whereas the latter are not seen to have any such redeeming value. So, in *R.* v. *Donovan*,[70] where flagellation of a consenting female for sexual gratification was not regarded as being on the same footing

---

69. (1878), 14 Cox C.C. 83, p. 84. In the course of a football game the accused caused the death of a player, and his act was considered unlawful because in committing it he intended to produce serious injury to another, or was reckless as to its consequences. At page 85 the judge affirmed that it was immaterial whether the act was in accordance with the rules and practice of the game.

70. *Supra*, note 68. This case has been discussed by many authors. They seem to experience great difficulty in concluding that *Donovan* is law in Canada. The decision states that the blows which the accused struck were likely or intended to cause bodily harm and therefore the court was of the opinion that he had committed an unlawful act to which consent was no defence. Authors insist on the fact that this decision leaves the law in an uncertain state. In their view, according to *Donovan*, it seems almost a necessary inference that boxing and similar activities are illegal, because to suggest that in boxing the motive is not to injure is to ignore realities. They also believe that *Donovan* omitted to mention the case of medical treatment as an exception to the rule concerning bodily harm. The main problem raised by many authors lies in the ambiguity of the definition of a criterion of "bodily harm" and in the inability to distinguish more minor from more serious assaults. In Hughes Graham's opinion ("Consent in Sexual Offences" (1962), 25 *Modern Law Review* 682):

> ... the bodily harm test is reasonable in its essentials but might be interpreted somewhat more liberally than the judgment would seem to indicate .... Where no likelihood of permanent harm is present it would not seem to be good policy to declare such acts [sado-masochistic] criminal where consent is free and full.

It is submitted that it is necessary to assess degrees of harm permissible or otherwise depending upon the social interest or value involved.

The reader can refer to: J. C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 5th ed. (London: Butterworths, 1983), p. 358; Mewett and Manning, *supra*, note 10, p. 472; Stuart, *supra*, note 9, p. 458; Jacques Fortin and Louise Viau, *Traité de droit pénal général* (Montréal: Thémis, 1982), p. 299; Peter Brett and Peter L. Waller, *Cases and Materials in Criminal Law*, 2nd ed. (Chatswood, Australia: Butterworths, 1965), p. 278; Glanville Williams, "Consent and Public Policy," [1962] *Crim. L.R.* 74; L. H. Leigh, "Sado-Masochism, Consent and the Reform of the Criminal Law" (1976), 39 *Modern Law Review* 130.

In *R.* v. *Abraham* (1974), 30 C.C.C. (2d) 332 and *R.* v. *Setrum* (1976), 32 C.C.C.(2d) 109, two decisions rendered respectively by the Québec Court of Appeal and the Saskatchewan Court of Appeal, *Donovan* was not considered to be authoritative in Canada. It is however interesting to note that the Supreme Court of Canada in *R.* v. *Cullen*, [1949] S.C.R. 658, referred to the case of *Donovan*, implicitly accepting its rationale. So whether or not *Donovan* is law in Canada is at best uncertain.

as what the court termed "manly" sports, the victim's consent was no defence to a charge of causing bodily harm qualifying as serious.

Whether the issue turns on the rules of the game or the value of the activity, there are problems. As to the former, principle and practice may be in conflict. In principle, intentional injury falls outside the rules, and negatives consent, but unintended injury resulting from actions incidental to the sport is taken as impliedly consented to. In practice, so swift is the pace of many a game or sport that the distinction between intentional and unintentional contact may prove impossible to draw.

As to the nature of the activity, the question is: How are we to decide which sports are lawful and which unlawful? A principled answer would be to count as unlawful all sports involving intentional injury. Accordingly, in lawful sports, participants should, by simple inference from the circumstances — as under present law — be taken to consent, so far as the rules specify, to:

(1) being touched;

(2) being hurt;

(3) being accidentally touched, hurt or harmed.

No special express rule is necessary. What may require an express rule however is the sport of boxing. This sport, unlike all other lawful sports, allows intentional inflicting of harm and injury — in no way can a knock-out blow be reckoned as not inflicting harm. Preservation of the present lawful status of boxing then would require a special *ad hoc* provision based on no underlying principle but solely catering to expediency.

(2) Social Problem

While blows struck in the course of games present technical difficulties for the criminal law, there is far wider concern over the unnecessary violence practised in many sports. Professional hockey, for example, has been widely condemned for tolerating a brutal style of play which is dangerous for the participants and morally degenerate for the spectators. This violent style is also seen as offering an unhealthy and harmful model to young players. To cure the perceived malaise in modern sports, various solutions or means of control have been recommended.[71] Some commentators call for a general re-evaluation of the objectives of sport, a re-education of participants and a search for a more humane and less destructive model. Some suggest new rules and stricter disciplinary controls by leagues; some would favour establishing public statutory commissions to regulate standards in sport; and, some recommend more effective and vigorous sanctioning of violent acts by players through the criminal law. Often, it is recognized, the appropriate measure must vary with the age and level of the players.

---

71. For further information on the subject of sports, the reader can refer to John Barnes, *Sports and the Law in Canada* (Toronto: Butterworths, 1983).

Normally Canadian society condemns deliberate acts of violence and accepts criminal prosecution as the appropriate remedy. But when the criminal law invades the Canadian ice rink, it treads on unusual and maybe even sacred ground. Hockey, which holds a revered place in Canadian culture, is by definition, a fast, vigorous, aggressive and traditionally masculine game which has never in its history been gentle and which has always seen winning as important.

> Hockey is rooted, nurtured, and triumphant in violence. Its inevitability is compounded: not only is the stick a weapon, but the skates are sidearms; not only is body checking necessary but the use of stick and shoulder and elbow and head and hand and even skate to facilitate checking is artfully developed. Enclosing the playing surface adds a new dimension of boards and glass to the physical rigidity of the frozen surface. Further enclosure with the noise and increasingly rabid presence of fans does the rest .... Ironically, what is best in hockey — team play — has contributed to what is worst — deliberate violence. The brutality has become calculated as an instrument of winning. Putting out for team means defending teammates, retaliating for teammates, and even exercising aggression as a deterrent to opponents. Contemporary coaches speak openly of physical intimidation as a strategy for winning hockey.[72]

Many perhaps would not want things otherwise. Perhaps the popularity of hockey depends upon its brutal character. Meanwhile the criminal law has to be wary of tampering with traditional symbols. Where hockey is concerned, the law skates on thin ice.

The criminal law does sometimes take a stand, however, against deliberate infliction of injury. In recent years, players have been prosecuted for assaults during play and for homicidal attacks.[73] And while fighting or causing injury in athletic competition may give rise to a variety of charges — for example, for wounding under *Criminal Code* subsection 245.2 (1), causing bodily harm by criminal negligence under section 204, causing a disturbance under section 171 or possession of a dangerous weapon under section 83 — the charge most often brought is assault, which may be laid even though the league has taken internal disciplinary action of its own.[74]

There is now a substantial body of reported cases dealing with alleged criminal

---

72. Neil D. Isaacs, *Checking Back — A History of the National Hockey League*, 1st ed. (New York: Norton, 1977), pp. 19-20.

73. *R.* v. *Smithers*, [1978] 1 S.C.R. 506, p. 521. Smithers was found guilty of involuntary homicide. It was proved that he had illegally assaulted the victim, which had at least contributed to his death. The judge stated the principle that a person who assaults another person must accept his victim as is. In *Re Duchesneau* (1979), 7 C.R. (3d) 70, p. 84, the court, unable to find the accused guilty of involuntary homicide, condemned him for common assault. According to the judge, as the assault was committed while the game was temporarily stopped, we cannot presume an implied consent because this consent could not exist except as a body check which happens during a game according to the rules.

74. *R.* v. *Prénoveau*, [1971] R.L. 21, p. 25. According to the judge, the rules of the hockey leagues are necessary for the proper running of hockey. Nevertheless, the civil and criminal courts should not ignore their own jurisdiction because a player has already been penalized through the application of league rules. Any items of a contract or ruling which would contradict this principle should be considered illegal and contrary to public order.

assaults during contact sports.[75] Two leading civil judgments are: *Gagné* v. *Héberi*[76] and *Agar* v. *Canning*.[77] The sport invariably involved is hockey. These cases seek to define the limits of players' implied consent to blows. As observed earlier, if the contact is unintentional, instinctive or reasonably incidental to the game, then it will be held to fall within the bounds of consent, but if it is found to be calculated, overly violent or unrelated to the immediate course of ongoing play, then it will constitute an assault. Even if an action is found to be unrelated to play and unnecessarily violent, an accused may be able to plead self-defence.[78] Canadian courts have viewed violent attacks during professional

---

75. *R.* v. *Maki* (1971), 1 C.C.C. (2d) 333, p. 336. In the opinion of the court, consent to bodily injury as a defence to criminal prosecution has its limitations. *In obiter* it was held that no sport league, no matter how well organized, should render the players immune from criminal prosecution. "There is a question of degree involved and no athlete should be presumed to accept malicious, unprovoked or overly violent attack." In *R.* v. *Green* (1971), 2 C.C.C. (2d) 442, pp. 447-448, on facts produced from incidents occurring in the course of a hockey game played at the national level, the judge found it difficult to imagine a circumstance where an offence of common assault as opposed to assault causing bodily harm could stand, considering the permissiveness of the game and the risks that the players willingly undertake. Where a player reacts instinctively and does so to protect himself, he should not be found guilty of common assault. The situation would be different in cases of unprovoked savage attacks in which serious injury results. In *R.* v. *Leyte* (1973), 13 C.C.C. (2d) 458, p. 459, it was held that players in competitive sports such as handball must be deemed to enter into such sport being aware of the possibility of being hit and must be deemed to consent thereto so long as the reactions of the players are instinctive and closely related to the play. In *R.* v. *Watson* (1976), 26 C.C.C. (2d) 150, pp. 156-157, counsel for the accused held that the rules of the game tolerate or encourage fighting. In the judge's opinion the rules recognize that such misconduct will, during such events, occasionally occur, but in fact they are designed to discourage it. "[T]o engage in a game of hockey is not to enter a forum to which the criminal law does not extend." (p. 156) In *R.* v. *Maloney*, *supra*, note 64, pp. 326-327, regardless of implied or expressed consent to the application of force the judge insisted on the legal limitations to the consent that a person can give: "Implied consent would be when a player agrees to those assaults which are inherent in and reasonably incidental to the normal playing of the game of hockey." In *R.* v. *Henderson*, [1976] 5 W.W.R. 119, pp. 123, 124 and 127, the court attempted to establish guidelines as to the types of risks which the players assume by participating in a sport. They assume those which flow naturally from the activity involved, which activity falls within the bounds of fair play. The court recognized the fact that imposition of criminal sanctions in activities such as sports is a serious step. In *R.* v. *Langton*, Sask. C.A., 2 October, 1974 (unreported) (see "Hockey Violence — *R.* v. *Langton* — a Case Note" (1976), 32 C.N.R.S. 121), any notion that sport players consent to all assaults is dispelled. There exists a principle that has been reinforced: "No organized sport no matter how popular can legalize conduct that Parliament in its infinite wisdom has deemed fit to prohibit." (p. 125) See also *R.* v. *Lecuyer* (1978), 11 A.R. 239; *R.* v. *Williams* (1977), 35 C.C.C. (2d) 103. In *R.* v. *St. Croix* (1979), 47 C.C.C. (2d) 122, p. 124, it was held that "professionally trained and professionally employed hockey players in the National Hockey League consent to more assaultive type behaviour than in a purely amateur friendly neighbourhood hockey game." In *R.* v. *Côté* (1981), 22 C.R. (3d) 97, pp. 100-101, according to the judge, the theory that an athlete be subjected only to the disciplinary rules of sport and that the abuse of these rules not be subjected to the law is unacceptable because it would put sports above the law. Would not more frequent intervention reduce the violence in sports which has already reached epidemic proportions? In *R.* v. *Gray*, [1981] 6 W.W.R. 654, pp. 661-662, the play was not in progress and it was easier to determine that the accused acted deliberately and intentionally. His action was not incidental to the normal playing of the game.

76. (1932), 70 C.S. 454, pp. 457-458. It is not because it is the practice not to have recourse to the courts that those who have deliberately caused damage (assault) can ignore their responsibility under section 1053 of the Civil Code. According to the court, it is about time that the courts intervene.

77. (1966), 54 W.W.R. 302, p. 304; aff'd (1966), 55 W.W.R. 384. In this case the following comment was made: "Injuries inflicted in circumstances which show a definite resolve to cause serious injury to another even when there is provocation and in the heat of the game should not fall within the scope of the implied consent." A blow struck in anger even though provoked during the course of play in a hockey game was held to be actionable in a civil action for damages.

78. *R.* v. *Maki*, *supra*, note 75, p. 335, reveals to what extent the courts will go to allow this defence in a hockey game. The rule is to the effect that where the means of defence used is not disproportionate to the severity of the assault, a plea of self-defence is valid. Although the defendant failed to measure the

hockey games with some tolerance and leniency but expect greater restraint and "fair play" from local or amateur participants. Many convictions have been recorded against amateur players.

In this connection — apart from the legalistic problem discussed earlier — the "limited implied consent" doctrine can work reasonably well. It has given Canadian criminal courts the flexibility to distinguish ordinary physical contact in sport from unnecessary brutality. While some might advocate special measures — in 1980 a Sport Violence Bill[79] was introduced into the United States Congress to deal specifically with the use of excessive physical force during professional sports — we consider the solution to this social problem of sports violence to lie in essence outside the redrafting of our present assault provisions. It lies rather in a greater police and prosecutorial vigilance, in stricter enforcement of existing law and in less judicial tolerance and leniency for "sports assaults."

As pointed out above, the present rule found in *Criminal Code* subsection 245.1(2) creates some difficulty in that there is no clearly defined limit to the measure of bodily harm to which a victim may consent. The Néron Report[80] on hockey violence addressed this issue as follows:

> [TRANSLATION]
> It is evident that there must be limits to consent to violence. The *Criminal Code* clearly imposes such a limit when it provides in section 14 that no one may consent to have death inflicted upon him. In the case of acts causing injuries that do not result in death, the question of consent continues to raise problems, however, since section 244 [now redrafted and supplemented with a statutory definition of 'bodily harm' in subsection 245.1(2)] of the *Code* allows a person to consent to force or violence being intentionally applied to him. There is no limit set in this section on the degree of violence that may be used or on the gravity of the injuries that may result therefrom... It must be admitted that the current state of the law on this question of consent does nothing to make the task of the police and the courts in eliminating violence in sports any easier.[81]

In dealing with sports violence, the criminal law can serve as an "enforcer" or "policeman" of last resort. But occasional sanctioning under criminal law will not solve the wider problem. A careful combination of social and educational measures is needed involving governments, leagues and associations, parents, sports officials and the press. We agree with G. Létourneau and A. Manganas when they say:

> [TRANSLATION]
> It is obvious that a series of measures such as education of the public and of sports officials, government intervention and other social measures must be used if we are to curb violence

---

degree of force necessary to prevent the attack and inflicted serious injury, the charge was dismissed. It seems that "stick-swinging duels" are legal, although other forms of duelling are not. One must conclude that as long as it is a hockey game, there are almost no limitations on the degree of force used to repel force.

79. *Sports Violence Act, 1980*, H.R. 7903, 96th Cong. 2nd sess., 96th Cong. Rec. 6946 (1980). See also *Sport Violence Act, 1981*, H.R. 2263, 97th Cong. 1st sess., 127 Cong. Rec. H760 (1981).

80. Gilles E. Néron, *Rapport final du Comité d'étude sur la violence au hockey amateur au Québec* (Québec: Gouvernement du Québec, Haut-Commissariat à la jeunesse, aux loisirs et aux sports, 1977).

81. *Ibid.*, pp. 129-130.

in sports. All these factors have a long-term effect, however, and some are still in the experimental stage. The great advantage of the criminal law lies in the fact that it can be used in the short term if not to resolve the problem, then at least to put a stop to the marked increase in violence.[82]

The criminal law therefore has a limited place at the sports arena. In the case of some professional leagues, it may be the only tool available. When it is used, perhaps the offending player should not be the only individual to be charged. Means could be found to bring to account the coaches, managers, team owners and league officials who indirectly encourage and contribute to brutal exhibitions.

C. Domestic Violence and Corporal Punishment of Children

(1) Domestic Violence

Clearly, domestic violence is a serious social problem. It is indeed as great a problem here in Canada as it is in most other similar countries. Like most Western nations we have our measure of wife battering, husband battering and child abuse. As to wife battering, the Canadian Advisory Council on the Status of Women[83] estimated that, of all women married or living "common law," one in ten is battered by the man she lives with — in 1978 no fewer than 500,000 female Canadians suffered such treatment and these were by no means all members of the poorer or less educated classes. As to child abuse, the Department of National Health and Welfare[84] estimated, on the basis of reports, that in 1978 no fewer than 213,535 Canadian children were in need of protection or were at risk of being in such need, and that the number of children actually abused totalled 5,789 in 1977, and 7,329 in 1978.

---

82. G. Létourneau and A. Manganas, "La tolé- ance des droits pénal et sportif, source de violence dans les sports" (1976), 17 *C. de D.* 741, p. 775.

83. Linda MacLeod, *Wife Battering in Canada: The Vicious Circle*, prepared for the Canadian Advisory Council on the Status of Women (Ottawa: Supply and Services Canada, 1980), pp. 20-21. Michael D. Freeman, "The Phenomenon of Marital Violence and the Legal and Social Response in England," in J. M. Eekelaar, ed., *Family Violence. An International and Interdisciplinary Study* (Toronto: Butterworth, 1978) writes at page 74, with respect to the problem in England: "Ashley M. P., a champion of the cause of battered women, has suggested that between 20,000 and 50,000 women a year may be involved."

84. Corinne Robertshaw, *Child Protection in Canada*, a Discussion Paper prepared for the Social Services Division, Department of National Health and Welfare (February, 1981), pp. 20-24. In the Ontario Ministry of Community and Social Services, *Child Abuse Prevention*, Information Pamphlet (1983), p. 8, it is stated that "it has been conservatively estimated that between 2,000 and 3,000 children are seriously abused in Ontario every year."

In America, child abuse accounts for more childhood deaths than any other single factor, according to Hyman and Shreiber in "Selected Concepts and Practices of Child Advocacy in School Psychology" (1975), 2:1 *Psychology in the Schools* 50.

Domestic violence is also a legal problem. On the one hand, the laws relating to assault and similar offences prohibit all forms of violence — necessity and *Criminal Code* section 43 apart, there is no exception just because such violence takes place in the family — and in theory the offences in our *Code* are adequate to deal with it. On the other hand most wife battering, husband battering and child abuse still goes unpunished by the law — in this context practice falls sadly short of theory.

The reasons for such shortfall, though, have nothing to do with definitions of offences. Domestic violence goes unpunished not by reason of inadequacy of definition, but by reason of problems of detection, proof and general attitude.

First, we will discuss problems of detection.[85] Domestic violence typically occurs not in full public view, but rather in secret, behind closed doors, within the confines of the family. Meanwhile, the only witnesses may be the victims themselves — witnesses in a peculiarly vulnerable position. Few people, for example, can be more powerless, isolated and helpless than the battered wife. Emotionally and economically dependent on her spouse, she finds herself locked into a dangerous and destructive relationship, fears for her own safety and that of her children, is ashamed of her treatment, does not know how to escape and risks further abuse if she seeks help.

Next, we have the question of proof.[86] In these cases, as in most criminal cases, the burden of proof is rightly on the prosecution. But also in these cases, unlike the position in most other criminal cases, the burden may be particularly hard to satisfy. The chief witness — the wife or child — may withdraw the complaint, refuse to testify or otherwise turn out to be an unsatisfactory witness. She may have no real interest in seeing the offender punished, may prefer dropping the matter to exacerbating an already difficult relationship, or may even rather continue in the present unsatisfactory relationship than opt for a life without it.

Finally, there is the matter of attitude.[87] Law and law enforcers have been reluctant to interfere in cases of domestic violence. This reluctance stems not only from difficulties

---

85. MacLeod, *supra*, note 83; Debra J. Lewis, *A Brief on Wife Battering with Proposals for Federal Action*, prepared for the Canadian Advisory Council on the Status of Women (January, 1982).

86. MacLeod, *supra*, note 83, p. 42.

87. MacLeod, *supra*, note 83; Freeman, *supra*, note 83; Lewis, supra, note 85; Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, *Wife Battering*, Report on Violence in the Family (First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81-82), p. 11. Scutt, "In Support of Domestic Violence: The Legal Basis" (1980), 3 *Family Law Review* 23, p. 23, states: "An analysis of laws designed to deal with crime in the family clearly illustrates that rather than being concerned to halt domestic violence, laws are framed to preserve the unit despite it." Scutt views the nuclear family as a sexist institution, supported by sexist laws and conducive to family violence. In Robertshaw, *supra*, note 84, pp. 9-19, it is stated that the child welfare statutes of all the provinces and the Yukon Territory contain provisions requiring a report to be made to the child protection authorities where a child appears to be in need of protection. There is no such legislation in the Northwest Territories. Most, but not all of these statutes provide that failure to report is an offence. Child welfare statutes in Alberta, Nova Scotia, Ontario and Québec contain provisions requiring a register to be established for maintaining certain information relating to reports of child abuse received. By regulation made under the Manitoba child welfare legislation, the Director of Child Welfare is to keep a register of cases of child abuse. In British Columbia, Saskatchewan and Newfoundland, such registers are kept as a matter of administrative policy rather than legislative mandate. Robertshaw advocates having central registers of child abuse reports to keep track of child abuse cases when the family moves

of detection and proof but also from the ideological support within our law for a patriarchal social order granting power and dominance to men and leaving the female role as one of long-suffering subserviency and economic dependency.

Clearly, the solution to domestic violence does not lie in the redefinition of existing offences. It lies rather in a change in law enforcement attitudes. New initiatives may be needed in police training. Treatment and counselling services are needed to help the parties deal with the tensions of family life. In the short term, shelters, refuges and places of safety, and in the long run, employment and income security are required for victims. In general, public education is essential to prevent such attacks from being viewed as somehow different from ordinary assaults and more acceptable than ordinary violence. Finally, the special risk to wives (and sometimes husbands) and children suggests the recognition here of a special aggravating factor and also possibly of a new offence consisting of failure to report domestic violence coming to one's notice.

(2) Corporal Punishment of Children[88]

In principle, all use of force is disallowed by law. This is done primarily through the criminal law, which prohibits the use of force as a punishable offence. It is also done secondarily by the civil law, which looks on it as a civil wrong to be redressed by compensation.

To this principle, however, exceptions have always been recognized by law. Use of reasonable force has always been allowed under four different headings.[89] It can be used when necessary for the advancement of justice — those, for example, refusing to submit to lawful arrest can be lawfully seized by force. It can be used in lawful self-defence — those unlawfully attacked are legally entitled to use force in order to protect themselves. It can be used for lawful protection of property — trespassers can be resisted

---

from one part of a province to another, and to assist in the compilation of statistics and research. See also Judge Thomson, "Confidentiality and the Compulsory Reporting of Child Abuse" (1981), 2 *Health Law in Canada* 15.

There are no mandatory reporting requirements with respect to suspected cases of wife battering. Lewis, *supra*, note 85, states at page 11:

> Even if the assault is merely the most recent of a long history of beating, the police will often be unaware of previous legal action which would lead them to respond more strongly. There is no central registry at police stations of restraining orders, no contact orders, or previous charges laid in family court.

Lewis recommends that hospitals be required to report any case of wife assault that comes to their attention (p. 14).

88. D. C. Préfontaine and D. Solberg, Department of Justice, "The Use of Force to Correct Children," a Paper presented at the American Society of Criminology, Washington, D.C., November 1981 is an excellent summary of the law on corporal punishment of children. That Paper provided much of the background information for the present Paper, and the authors gratefully acknowledge that assistance.

89. Law Reform Commission of Canada, *The General Part: Liability and Defences*, [Working Paper 29] (Ottawa: Supply and Services Canada, 1982), pp. 91-112.

by the reasonable application of force. And it can also, to some extent, be used in cases of necessity — an assailant of unsound mind or below the age of criminal liability can be resisted, though strictly speaking this would not fall under self-defence because there has been no assault.

To these one more heading must be added: corporal punishment. Formerly such punishment was lawfully permitted at the hands of public and private authority. At the hands of public authority it could be administered, by court order to convicted defendants, by prison officials to offending inmates and under military discipline to soldiers and sailors. At the hands of private authority, corporal punishment would lawfully be inflicted on apprentices by masters, on servants by employers, and on children by parents, teachers and guardians.

Today, however, the rules allowing corporal punishment have been so narrowed as to relate to only two types of person: children, and persons on board ship. *Criminal Code* section 43 enshrines the common law rule concerning lawful correction of children.[90] Section 44 permits the lawful use of force by a master of a ship in order to maintain discipline.[91]

---

90. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, section 43. The annotation for section 43 in J. C. Martin, *Martin's Criminal Code 1955* (Toronto: Cartwright, 1955) states: "This is the former s. 63, omitting the reference to master and apprentice. It was s. 55 in the Code of 1892 and s. 66 in the E.D.C. [English Draft Code of 1878]." For further discussion of the corporal punishment of children, see the Appendix to this Paper.

91. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, section 44 states: "The master or officer in command of a vessel on a voyage is justified in using as much force as he believes, on reasonable and probable grounds, is necessary for the purpose of maintaining good order and discipline on the vessel."

The annotation for section 44 in *Martin's Criminal Code 1955*, *supra*, note 90, states: "This is the former s. 64. It was s. 56 in the Code of 1892, and s. 66 in the E.D.C. [English Draft Code of 1878]." See Appendix for commentary by Sir James Fitzjames Stephen.

"The formerly recognized right to chastise servants, apprentices, mutinous seamen, etc., may be assumed to have fallen into disuetude": 11 Lord Hailsham of St. Marylebone, *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (London: Butterworths, 1976), p. 647.

Although the law is "still on the books" in Canada there appear to be no Canadian cases in which section 44 has been considered. Earlier English civil cases dealing with corporal punishment for misconduct on board ship may be relevant to any future invocation of our section 44. In *The "Agincourt"* (1824), 166 E.R. 96, Lord Stowell stated at page 97:

> [I]n a case of gross misbehaviour, the master of a merchant ship has a right to inflict corporal punishment upon the delinquent mariner ... the punishment must be applied with due moderation ... in all cases which will admit of the delay proper for enquiry, due enquiry should precede the act of punishment; and, therefore, that the party charged should have the benefit of that rule of universal justice, of being heard in his own defence.

In *The "Lowther Castle"* (1825), 166 E.R. 137, Lord Stowell stated at page 137:

> It does not appear to me that there is any doubtful question of law, arising upon the illegality of inflicting bodily correction upon offending mariners — such punishment being commensurate to the offence committed, being awarded by due authority, and being administered with due moderation.

See also *Lamb* v. *Burnett* (1831), 148 E.R. 1430 (Exch. of Pleas). In *Hook* v. *Cunard Steamship Co., Ltd.*, [1953] 1 All E.R. 1021, damages for false imprisonment were awarded to a seaman where the captain had arrested and confined him without having reasonable cause to believe or believing that the arrest and confinement were necessary for the preservation of order and discipline, or for the safety of the vessel or persons or property, on board.

In our view, there is no justification now for section 44. No similar *Code* section applies to trains, aircraft or other forms of transport.[92] Insofar as concerns acts protecting the safety of a ship, the doctrine of necessity is wholly adequate and makes the section otiose. Insofar as it concerns enforcing discipline, for example, by flogging, it is anachronistic and should be repealed.

Far less clear is the issue regarding *Criminal Code* section 43. This section states:

> Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.[93]

But should children continue to be singled out as lawfully subject to use of force[94] by parents, teachers and others? Should acts which would constitute assaults if inflicted on anyone else remain free from criminal liability when inflicted on those of tender years? Or should our law now go to the logical conclusion of prohibiting corporal punishment completely — not only for prisoners, apprentices and so forth but also for children?

Children, it has to be remembered, form a very special category of persons. On the one hand, they are clearly regarded by the law as full persons, that is, as full subjects

---

92. There is no other federal legislation which provides a comparable disciplinary power to the "officer in command" of a train, an aeroplane or a road vehicle.

93. See Préfontaine and Solberg, *supra*, note 88. See also the Appendix following this Paper.

94. The scope of the defence of lawful correction of children is broad, and has been asserted not only in cases of assault, but also in tort actions for false imprisonment and in cases of homicide.

Unlawful detention of a child after school may constitute the tort of false imprisonment.

H. Street, *The Law of Torts*, 4th ed. (London: Butterworth, 1968) suggests that only a very serious breach of discipline would justify any detention or locking up of schoolchildren. In *Fitzgerald* v. *Northcote* (1865), 4 F. & F. 656, a student was locked in his room for about two hours, until arrangements could be made for him to leave the school, further to his expulsion for conspiring against other students. It was held that as there were no circumstances to justify the expulsion, the headmaster of the school was liable for false imprisonment.

With respect to homicide, J. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (London: MacMillan, 1877), stated at page 131: "It is not a crime to cause death or bodily harm accidentally by an act which is not unlawful." He gave the following illustration suggested in 1 Hale, P.C. 473: "A schoolmaster, corrects a scholar in a manner not intended or likely to injure him, using due care. The scholar dies. Such a death is accidental."

11 Lord Hailsham of St. Marylebone, *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (London: Butterworths, 1976) states at pages 624 and 625:

> If a person in the course of inflicting lawful correction unintentionally kills the person who is being corrected, the killing is not manslaughter. The death is regarded as having occurred by misadventure if, having regard to the circumstances, the correction was inflicted moderately and with a proper instrument not likely to cause death or serious injury. If the correction exceeds the bounds of what is proper and reasonable in the circumstances and death is caused, the killing amounts to manslaughter at least.

In *R.* v. *Hopley* (1860), 2 F. & F. 202, a schoolmaster was convicted of manslaughter after a boy died from being beaten for two and one-half hours with a thick stick edged with brass. See also *R.* v. *Pennington*, [1958] Crim. L.R. 690. In this case a child of two years and eleven months died from a brain haemorrhage after having its head struck against a wall by the "common law" husband of the child's mother. The Court of Criminal Appeal (U.K.) held that the blow went beyond proper chastisement and therefore was unlawful. They substituted a verdict of manslaughter for the jury verdict of murder.

of rights and duties. On the other hand they are not yet in complete charge of themselves — they cannot choose their names, their schools, their place of residence and so on, but are instead subject in all such matters to the authority of their parents until their majority. On this question, representations from groups holding different views, and advice by consultants taking different opinions suggest that there is as yet little consensus.

In law, therefore, the parents have the primary authority over their children. They have the right to decide the child's upbringing, education and so forth. And in so doing they have the responsibility, and therefore the authority, to enforce discipline.[95]

It may be argued, then, that parents must in law enjoy the right to use force as a last resort upon their children. Clearly it will be conceded that in any society the state must have the right to use force as the ultimate sanction to enforce its laws. It can also be argued that in any family, parents must be legally entitled to a similar power to buttress their authority, and must be entitled, in addition, to authorize teachers and others to use force for lawful correction.

However, a full examination of this issue must begin by recognizing that there are at least three different kinds of situations where force might be used by parents or others on children. First there are emergency situations where force is used, usually on a very young infant, for his own immediate safety, for the safeguarding of others or for the protection of property — a small child playing with fire may need to be physically prevented from harming himself, injuring others or from setting fire to the home. Second, there is the situation where a parent, teacher or guardian, acting (sometimes understandably) in the heat of the moment resorts to violence — a harassed mother driven to distraction by noisy squabbling children, loses her temper, lets off steam and strikes them. Third, there is the situation where force is used on a child as a method of chastisement — the teacher, often some time after the misbehaviour and often with some measure of ritual, administers a beating.

Obviously the first kind of situation — the emergency — is one where use of reasonable force is justifiable. It is clearly only common sense that the use of reasonable force to prevent greater harm to the child or to others be permissible. While plainly outside the ambit of section 43 which concerns pure chastisement, the use of reasonable force is also permissible at common law under the doctrine of necessity (a doctrine existing in our present law by virtue of *Criminal Code* section 7 and explicitly articulated in draft section 12 of Working Paper 29 on the General Part).[96] In law then, whether under present law or under the proposed recodification, emergency use of force in all such cases remains allowable and presents no problem. Whether necessity would also extend to cover reasonable use of force as a last resort to enforce obedience, for example, physically compelling a disobedient child to go to bed when told, is less certain.

---

95. This justification of a parent's right to use reasonable correction force was recognized by the Supreme Court of Canada in *Ogg-Moss* v. *The Queen*, Sept. 17, 1984 (unreported). See Dickson, C. J., for the court, at p. 23.

96. *Supra*, note 89, p. 126.

It is equally obvious that the second kind of situation — the heat-of-the-moment type — is one where use of force is illegitimate. On the one hand, understandable as it may be for a harassed parent, teacher or babysitter to "lose her cool," the use of force is by definition unnecessary — the case is not one of emergency. For this reason such situations fall outside the legal doctrine of necessity. On the other hand, insofar as such cases are not cases of chastisement or correction, strictly speaking, they should also fall outside *Criminal Code* section 43. At best they come within the rule on provocation, which provides no defence to liability but only a mitigating factor going to sentence.[97] In our view those who are provoked into assaulting children should be in no better position than those who are provoked into assaulting anybody else. In practice many such cases are too trivial to form the subject of a prosecution. In principle, however, "heat-of-the-moment" force on children should not be countenanced by law.

Less obvious is the position of the third kind of situation — corporal punishment. This, it must be admitted, is a controversial issue. It has implications for child welfare, child rearing practices in the home, and the maintenance of discipline in schools. It closely affects, therefore, matters of civil rights, family law and education which fall within provincial jurisdiction. Powers and practices in these areas could be materially altered by changes in the *Criminal Code*.

Opponents of corporal punishment attack section 43 on several grounds. They see it as wrongly institutionalizing violence as a means of social control, as an archaic reflection of parental right surviving from a time when servants, apprentices, prisoners and others could be lawfully beaten, as contributing to the serious social problem of child abuse, and as blurring the basic message of the law that violence is off limits. Violence in the home, they argue, begets violence in society — the battered child is likely to become a battering parent. And corporal punishment in school, abolished in most European

---

97. In *Evans* v. *Bradburn* (1915), 9 W.W.R. 281 (Alta. C.A.), Beck J. stated:

> [T]he law, probably wisely, does not recognize any provocation, short of an assault or threats creating a case for self-defence, as a justification for an assault, but only takes it into account as a circumstance which may reduce culpable homicide from murder to manslaughter, and in all criminal cases involving an assault as a circumstance going in mitigation of punishment and in civil cases in mitigation of damages.

The rule whereby provocation will reduce murder to manslaughter is codified now in the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, section 215.

countries[98] and rarely advocated today in Canada,[99] is viewed as ineffective, unnecessary and counter-productive in that it fails to encourage student self-discipline and may conflict with parental views — in an age of compulsory education teachers cannot appropriately be regarded as delegates acting with the consent of the student's parents.

As against this, those in favour of allowing corporal punishment put forward several arguments. They contend that so far as parents are concerned, spanking is a widely accepted and supported form of family discipline. Removing this right would constitute unwarranted interference with family privacy. As to corporal punishment by teachers, they maintain that this is a necessary disciplinary measure of last resort, that many Canadian school boards would be wise not to ban the strap, and that corporal punishment is a traditional and practical system.

In our view the ultimate question is whether corporal punishment is even necessary. Clearly, unnecessary use of force is wrong and cannot be permitted by the law — this is the basic message of this chapter of the criminal law on crimes of violence. Clearly as well, some use of force is sometimes justifiable, as observed earlier, under the doctrine of necessity. How far could corporal punishment be defended under this principle?

Here, we could argue, we must recollect the distinction mentioned earlier in discussing emergency. On the one hand there may be cases where nothing short of physical force may bring a child to heel. For example, nothing less may serve to stop the child from destroying the furniture or to prevent class disruption. But these have nothing to do with punishment or with section 43, and would be unaffected by its abolition. They are emergency situations where the use of force is necessary, can obviously be justified

---

98. In I. Hyman, "Corporal Punishment in the Schools: America's Officially Sanctioned Brand of Child Abuse" (1980), 6 *Caring* 2, p. 6, it is stated that:

> Among those countries which have abolished corporal punishment are Poland, Luxembourg, Holland, Austria, France, Finland, Sweden, Denmark, Belgium, Cyprus, Japan, Ecuador, Iceland, Italy, Jordan, Qatar, Mauritius, Norway, Israel, The Philippines, Portugal, and all Communist Bloc countries.

The United Kingdom is now the only European country which permits the use of corporal punishment in schools according to Pogany, "Education: The Rights of Children and Parents under the European Convention on Human Rights" (1982), 132 *New Law Journal* 344. In the *Case of Campbell & Cosans* (29th January, 1982), the European Court of Human Rights took note of the fact that the Government of the United Kingdom was committed to a policy aimed at abolishing corporal punishment as a disciplinary measure in schools by consensus of all concerned rather than by statute. Nevertheless, the court held that a school's refusal to respect the applicant parents' request that their children not be subject to corporal punishment was a violation of the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 which states:

> No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the rights of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.

It was also held that the suspension of one student, which was motivated by his parent's refusal to submit him to corporal punishment, breached the first sentence of Article 2. The court concluded that Article 3 of the *European Convention on Human Rights* had not been breached in the circumstances. Article 3 states: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment." Pogany, *supra*, Application No. 7907/77 indicates that the use of corporal punishment in schools may in some circumstances amount to a violation of Article 3.

99. *Supra*, notes 88, 90 and 93, and Appendix.

in common sense and plainly has created no problems. On the other hand there are cases where physical force is applied, not in an emergency, but after the event and simply as a punishment. These cases are less easy to justify. First, they lack the urgency aspect found in emergency situations and do not therefore fall under the general doctrine of necessity. Second, common sense is no longer unanimous that corporal punishment is a necessary educational instrument or an obviously appropriate answer to child misbehaviour.

In these circumstances we consider that ideally a clear stand against violence should be taken by the criminal law. Instead of prohibiting violence in general but then allowing it for punishment of children, the law should give a clear and unblurred message to the effect that all unnecessary violence is off limits. Emergency situations in the home or school are covered already by the law of necessity. All other situations should exclude the use of force. The rule in *Criminal Code* section 43 should be abolished.

Would such abolition work in practice? Would it undermine school discipline, teachers' control of pupils, and students' respect for authority? Would it expose parents and families to undue policing and infringement of privacy? To take a Charter analogy, if everyone has a right to freedom from violence, how far can limitation of this right be reasonably justifiable in a free and democratic society?

As regards teachers, the answers to these questions are, in our opinion, somewhat easier. First, as we have suggested earlier, a provision such as section 43 concerning schools and teachers in effect institutionalizes the use of force. Second, apart from necessity situations (where force is used to prevent harm and not to punish), the use of force is never necessary — the ultimate essential sanction is not corporal punishment but removal of the child from school, by force if necessary but by force used to remove a trespasser rather than as a chastisement. Third, the abolition of school corporal punishment in most European countries manifests that in those free and democratic societies, school discipline can survive without it — in short, that corporal punishment is seen as neither necessary nor justifiable. This too was the view taken by most (though not all) of our consultants. In our opinion, therefore, section 43 should be repealed as a defence for teachers.

Less easy is the answer to the question when it comes to parents. Initially, the Commission felt that for the reasons given earlier in discussing corporal punishment, section 43 should be completely repealed and corporal punishment should be ruled out also for parents. But in the light of our consultations on a prior draft of this Working Paper, a majority of Commissioners came round to the view that such repeal, if taken by itself, could have unfortunate consequences, consequences worse than those ensuing from retention of the section. For it would, in principle if not always in practice, expose the family to the incursion of state law enforcement for every trivial slap or spanking. And is this the sort of society in which we would want to live?

One answer given by opponents of corporal punishment and of its enshrinement as legally justifiable in section 43 is that, in practice, fear of such consequences is unrealistic.

In practice, they would argue, good sense and prosecutorial discretion would take care of the problem. Accordingly, although in principle the parent giving his small child a trivial slap might be open to prosecution, in practice he would not be charged.

Others, however, among whom a majority of Commissioners must be included, are not satisfied to rely simply on prosecutorial discretion. In the first place, the rule of law requires the lawmaker to spell out clearly whether a parent in such cases commits a crime, whether he has a defence and whether he is liable to state intervention authorized by law. It cannot be satisfied by provisions that fudge the issue, saying one thing in principle but allowing another in practice. Secondly, and although it has no doubts about the good sense of prosecutors, the majority feel that, when it comes to criminal law and rights such as the right of privacy, we should not have to rely on what people will do but should guard ourselves against what they may do. Such after all is the whole thrust of the call for a "government of laws and not of men."

The dilemma, then, is clear. The Commission would like to remove from the law a provision which enshrines and licenses the use of force on children. But, for the majority, the problem is how to do so without running the risk of wheeling the engines of law enforcement into the privacy of the home for every trivial slap or spanking. A more satisfactory way must be found than by reliance on prosecutorial discretion. Pending this, a majority of Commissioners recommends retaining a special exception for parents (and those acting with their permission) reasonably disciplining their children.

There is, however, a minority view that such an exception cannot be justified by fears of over-zealous state intrusion into family life. The *Criminal Code* contains an important message that force is not to be used as a means of resolving tensions that flow from personal relationships, whether inside or outside the family. It recognizes no exception limiting state reaction to other family assaults (for example, one spouse touching or hurting another against his or her will; or one sibling acting aggressively towards another). It does not limit state reaction to conduct that constitutes other criminal offences, such as theft, mischief and intimidation. Nor does it offer more than a narrow band of protection to parents who act "by way of correction." In practice, family relationships normally do evoke attitudes of tolerance toward offensive conduct, both on the part of those offended against, as well as those whose duty it is to respond officially. As has elsewhere been observed in this Working Paper, experience suggests that there is probably too much, not too little, institutional tolerance toward domestic situations, and it is doubtful that a special exception in the *Criminal Code* is required to protect families against over-zealous enforcement.

To the extent that a call for restraint in the use of the criminal power of the state is appropriate in these situations, the minority feels it should be addressed to enforcement attitudes, not to the letter of the law. Beyond blunting the message of the criminal law, to embrace such a narrow exception calls into question the meaning of our constitutional standards. The singling out of children, whether on the basis of age or a relationship of dependency, raises concerns about how far the state may go to deprive individuals of their "security of the person," and whether those embraced by the exception would enjoy

the "equal protection" of the Canadian criminal law. The language and spirit of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not without relevance to this issue, forcing each of us to examine our own view of what can be "demonstrably justified in a free and democratic society."

In the end, this has a great deal to do with moral choices about how children should be treated in our society. For the minority, to have an exception that condones the use of force, even for "reasonably disciplining" a child, sets a national standard that can only heighten the potential for abuse that resides in all of us. One person's discipline is another's abuse, and to perpetuate even this narrow exception to criminal responsibility, operating as it does within a system designed to reject responsibility for conduct whenever there is a "reasonable doubt," can encourage a climate for child abuse, and furnishes a slippery slope down which even the most well-meaning of disciplinarians may unwittingly slide.

VI.

Conclusion and Recommendations

Under present law "assault" covers both assault in its common law sense of threatening immediate force, and battery in the common law sense of unlawful application of force. These are quite different kinds of acts. The former involves frightening without touching, the latter touching without necessarily frightening. Accordingly, the present terminology confuses.

On the other hand the common law labels of "assault and battery" are little better. It was impressed on us by many of our consultants that such terminology is neither in line with French usage nor with the general understanding of the citizen, who uses "assault" to denote direct application of force and does not term the threat of force an assault at all. Moreover, it fails to distinguish between touching and hurting.

For the moment, then, we would use as labels for the central offences of assault, the terms "touching," "hurting" and "harming," and "threatening violence" for the form of assault recommended for retention.

This area of law then contains a whole variety of offences. These include assaults in the "non-battery" sense of the term. They include assaults by way of battery. They include unlawfully causing bodily harm. Finally, they include various types of aggravated assault and aggravated assault causing bodily harm.

In our view, the area could be greatly improved by restructuring as follows. First of all, there is the question of assault in the "non-battery" sense. Under present law this covers threatening force, attempting to apply force and armed begging. We would argue that the only one of these to be retained should be the first, namely: threatening immediate force, which serves to protect one's right to be free from fear and coercion. By contrast, there is no need to retain an offence of attempting to inflict force because such an attempt will already constitute an inchoate offence of attempt; nor is there any need to retain an offence of armed begging. Finally, we suggest that there be no offence of accosting while armed. If armed begging involves threat of violence — a fact to be determined on the evidence — then it constitutes the new assault offence. If not, it need not be an offence at all. Certainly it should not be deemed to be a threat of violence. Criminal law should not talk in terms of fictions.

RECOMMENDATION

1. That the *Criminal Code* include an offence of threatening to apply immediate unlawful force.

Next we would focus on the essential part of this area of law, namely, assault in the sense of battery, causing unlawful bodily harm and aggravated assault and harm. Here we would recommend three levels of assault offences:

(1) touching,

(2) hurting, and

(3) harming.

Assault by touching, which would replace the old common law offence of battery and our present offence of assault as defined in paragraph 244(1)(*a*) of the *Criminal Code*, would be defined in essence as an *in invitum* crime — it would consist in directly or indirectly touching a person against his will. As such, it would also be an offence that could only be committed by a positive act, though this would hardly need to be spelled out within the actual definition. Furthermore, the *mens rea* should be restricted, in line with the more orthodox common law tradition and the view taken by Mewett and Manning,[100] to intention in the form of purpose.

Commenting on these three factors, we would argue as follows. First, as regards consent, for the reasons given earlier in this Paper, it would be more in line with common sense to make it a requirement for the prosecution to prove that the victim objected to the touching or that the touching was clearly of a kind that everyone would object to and that therefore we can assume, in the absence of evidence to the contrary, that this victim would also have objected. Second, the offence of touching would serve to protect against infringements of privacy and bodily inviolability — the right not to have liberties taken intentionally and by some positive action — and this is why the offence should not extend to omissions, recklessness or negligence.[101]

A question arises, however, as to whether the proposed offence of assault by touching would give undue protection to the right of bodily inviolability. Would not the offence as defined cover many touchings which, despite the victim's objection, would be merely trivial? Would not this unduly widen the ambit and compass of the criminal law. And would not this run counter to the principle that criminal law should be used with restraint?

To the extent that these questions must be given an affirmative answer, it is worth reminding ourselves that in this regard, the offence proposed would be no different from the present law. For while subsection 244(1) defines assault as involving the application

---

100. Mewett and Manning, *supra*, note 10.

101. Committee on Sexual Offences against Children and Youth, Robin F. Badgley, Chairman, *Sexual Offences against Children* (Ottawa: Ministry of Supply and Services, 1984), vol. I, p. 56, Recommendation 7.

of *force*, the term "force" has clearly come to mean, through case-law, any non-consensual touching. As Cross and Jones put it,[102]

> The slightest degree of force, even mere touching, will suffice. Blackstone justified this by saying that the law cannot distinguish between criminal and non-criminal violence and therefore prohibits the lowest degree of it.

The question is, however, whether we can improve on present law in this respect. Should assault by touching be defined as restricted to touching which falls into an "offensive," "serious" or other similar category? The problem with this approach is twofold. First, if the term "offensive" (or some similar term) is used subjectively to mean "offensive to the victim," then it merely repeats the requirement that the touching be against the victim's will. Second, if the term is used objectively to mean "ordinarily reckoned offensive," then the law would be saying that, even in the absence of a legally recognized excuse or justification, it isn't necessarily a crime deliberately to touch another against his will — and this would be to abandon the notion that there is a fundamental value of non-violability of the person. Not everyone would readily accept a criminal law approach that sees people, even in trivial circumstances, as having to submit to physical interference.

Of course the problem of "trivial" wrongdoing is by no means peculiar to the question of assault. It surfaces equally in the case of theft — should stealing a paperclip, for instance, necessarily qualify as theft? It surfaces in the case of damage to property — should penning a word in the margin of a library book inevitably count as vandalism? The need to ensure that criminal law restrict itself to really serious conduct is clearly a general need.

How is this need best satisfied? By relying, as we do at present, on prosecutorial good sense? This we would view as a counsel of last resort, preferring to guard against what people may do, rather than relying on what we hope they will do, as we argued in Working Paper 29 when dealing with the defence of necessity. By defining assault and other offences with words like "serious," "substantial" and "offensive" so as to exclude trivial instances? This would be open to the objections raised above. By following the *Model Penal Code* approach and providing a general *de minimis* rule to the effect that criminal law definitions do not apply to trivial examples? This in its turn raises fundamental problems which we are currently exploring and will be shortly considering in a forthcoming Working Paper.

Meanwhile, as regards assault by touching, the following point deserves note. The proposed definition by no means entails an automatic conviction for each and every case of trivial touching. Even where the prosecution can prove that on the face of it (1) the victim objected to the touching, (2) the defendant knew this, and (3) there was no legal exception, excuse or justification, in trivial cases it would still be open to a court to acquit the accused. It could do this on the ground that the touching was so trivial that

---

102. R. Cross and P. Jones, *Introduction to Criminal Law*, 10th ed. (London: Butterworths, 1984), p. 133.

(1) the victim's objection could not have been serious or (2) the defendant could not have realized it was.

Next, let us examine assault by hurting. Since hurting is in general more objectionable that mere touching, people can be more readily taken to object to it than to touching. For this reason, we would suggest that hurting be defined to reflect this distinction, that is, be defined as hurting a person — causing him pain. Moreover, there should be no offence if the victim consents. Like touching, hurting should also be defined as an offence requiring a positive act and an intention, and the same observations as those made regarding touching are in point here.

Only the role of consent calls for separate comment. First, defining it the way suggested above creates an exception rather than an excuse or justification. This seems more consistent with ordinary thinking: we do not regard the person who inflicts pain with consent (for example, in a psychology experiment to see where lies the threshold of pain) to be excused — it is wrong but there are excusing circumstances; nor do we think he should be justified — ordinarily it would be wrong, but here it is right and laudable. Rather we look on him as doing something which, because of the victim's consent, falls outside the ambit of what is forbidden by law.

Second, this way of putting it clearly imposes an evidentiary burden on the defendant. We would not suggest that he should have to prove that the victim consented. But we would argue that he should have to raise evidence of consent before the prosecution is called upon to prove the victim's non-consent.

Finally, there is assault by harming. This offence would replace assault causing bodily harm as defined by paragraph 245.1(1)(*b*) and unlawfully causing bodily harm as defined by section 245.3. In our view it is quite unnecessary to retain both offences.

The new offence, being a causation offence — it consists in the defendant's causing harm to the victim — should be defined as being able to be committed by act or by omission. This would not need to be done explicitly in the definition, but would follow by implication from the new sections on duties to act and on causation.

The *mens rea* for such a causation offence should surely include intention and recklessness. Unlike mere contact or even hurting, injury is serious enough that it should not be caused even by recklessness. In this respect, injury is more akin to death than to pain or contact.

In our view, however, the new offence should be restricted to really harmful conduct. For this purpose "bodily harm" should be redefined much more narrowly than it has been defined up to now. It should be defined to apply only to permanent or extended impairment of the body or its functions, such as a serious stab wound or a broken leg. Such things qualify because they put a person out of commission for quite some while if not, in some cases, forever.

In this new offence, no mention would be made of unwillingness or consent. Hence the prosecution would have no call to prove non-consent. Nor would it serve any purpose for the defendant to prove the victim's consent. This would follow from the absence of "consent" from the definition and would not need to be spelled out expressly.

RECOMMENDATION

2. That there be an offence of assault by touching someone against his will, of which the *actus reus* must consist of a positive act and the *mens rea* of intention in a sense of purpose but for which the victim's unwillingness must generally be proved by the prosecution.

That there be an offence of assault by hurting someone against his will in the sense of inflicting pain, the *actus reus* of which should consist of a positive act and the *mens rea* of which should consist of the intent in the sense of purpose, but for which the victim's unwillingness need not be proved unless the defendant raises sufficient evidence of consent.

That there be an offence of assault by causing harm or injury for which the *actus reus* should consist of acts and omissions and the *mens rea* of intention or recklessness. The victim's consent to this offence should be irrelevant, and "bodily harm" in this offence should be defined to cover permanent or temporary impairment of the body or its functions, for example, by maiming, disabling or disfiguring.

What would need to be spelled out expressly would be a saving clause for medical treatment. This should specify that nothing should qualify as bodily harm if it is done with the victim's consent for medical or analogous purposes. Such a proviso would take surgical operations and similar things right out of the criminal law ambit unless inflicted on unwilling patients or done for bad motive. Moreover, the underlying principle would be that things which may appear as harm, for example, amputations, are not harm when done for the greater good of the amputee — it does not harm, indeed it benefits, a person to have a cancerous limb cut off. The doctor's negligence, however, should make no difference — if he operates negligently and thereby causes damage to the patient, this is a matter best left to civil law.

RECOMMENDATION

3. That nothing should qualify as bodily harm if done with the victim's consent for therapeutic or other socially acceptable purposes.

The three central offences of touching, hurting and harming, we suggest, should be aggravated by three different kinds of factors:

(1) the means used — firearms and other dangerous weapons;

(2) the defendant's intent — intent to kill, resist arrest, escape justice; and

(3) the position of the victim involved — that of sovereigns, of persons internationally protected, of persons acting to enforce the law, and of spouses and children of the very person committing the assault.[103]

All three aggravating factors relate essentially to risk, danger and special need for protection. It goes without saying that firearms, explosives and other dangerous weapons put victims at special risk, create extra danger and give rise to a need for particular protection. Likewise, it is obvious that extra danger arises when the assaulter's purpose is to kill, to resist arrest, to escape justice, that is, to pursue some goal which leads him to set the victim's safety at nought. Finally, it is clear that the upholding of the dignity of the state, of the credibility of the legal system and of the peaceful security of the family unit calls for special protection for sovereigns and internationally protected persons, for persons acting to enforce the law, for spouses and children liable to suffer domestic violence from those entrusted with their charge.

RECOMMENDATION

4. That assault by touching, hurting and harming may be aggravated, by any of these factors:

(1) the means used (for example, firearms);

(2) the offender's purpose (for example, intent to resist arrest); and

(3) the position of the victim involved, i.e.

(*a*) a sovereign and/or an internationally protected person,

(*b*) a person acting for the purpose of law enforcement, or

(*c*) a spouse or a child of the very person committing the assault.

In addition to the main three offences described above, we would suggest retaining an offence corresponding to the common law assault as defined in paragraph 244(1)(*b*) without the words "attempts or." In other words, we would recommend that the new offence be restricted to threatening violence. Attempted violence, whether harming, hurting or touching, can be treated simply as attempts to commit the offences of touching, hurting or harming.

We would suggest no special rule as necessary concerning sports, except for the case of boxing. As long as the rules of boxing condone intentional harm — and a knockout blow would surely qualify — then an illogical *ad hoc* rule would be essential. The virtue of this would be to highlight the anomaly. It would be hoped that this might cause a change of attitude about the rules of boxing.

---

103. *Supra*, note 101.

RECOMMENDATION

5. That there be no special rule for sports in general but that the law provide that bodily harm not cover injuries received in accordance with the rules of boxing.

We would suggest no special rule as necessary for people on ships, or for children in schools. In line with what we said earlier, we would recommend abolishing the defences in sections 43 and 44 for teachers and captains of ships. A majority of Commissioners would, however, suggest a special exception for parental punishment acknowledging that while parents (and those acting with their permission) cannot harm their children, they can nevertheless touch and hurt them for corrective purposes. (Note, however, the minority view mentioned on page 45 of this Paper.)

RECOMMENDATION

6. That these offences of assault by touching and hurting are not committed by parents, and those acting with their permission when reasonably disciplining a child under their custody or protection.

Finally there remain one or two matters of detail. First there is the offence of administering a noxious thing as presently covered in section 229. If the administration causes harm, it will be covered by the offence of harm; if it does not cause harm but is intended to, it will be covered by attempted harming. If it neither causes nor is intended to cause harm but is done through recklessness, it will be covered by an offence of endangering life and bodily integrity, to be considered later.

RECOMMENDATION

7. That there be no separate offence of administering a noxious thing.

There is also the offence of communicating a venereal disease as defined by section 253. Abolition of this offence was recommended by *Bill C-19* and also by the Badgley report on *Sexual Offences against Children*.[104]

In our view, no such offence is necessary because intentionally or recklessly inflicting a person with any serious disease (venereal disease or other) would qualify as harming.

RECOMMENDATION

8. That there be no separate offence of communicating a venereal disease.

---

104. *Supra*, note 101, p. 64.

Appendix

A Note on the Current Law of Corporal Punishment of Children (Section 43)

In J. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (London: MacMillan, 1877), the author stated at page 126:

> It is not a crime to inflict bodily harm by way of lawful correction, or by any lawful application of force (other than those hereinbefore mentioned) to the person of another; but if the harm inflicted on such an occasion is excessive, the act which inflicts it is unlawful, and, even if there is no excess, it is the duty of every person applying the force to take reasonable precautions against the infliction of other or greater harm than the occasion requires.

Stephen's first illustration of this principle is: "A, a schoolmaster, beats B, a scholar, for two hours with a thick stick. Such a beating is unlawful." This was the case for *R.* v. *Hopley*, 1 Russ. Cr. 751; 2 F. & F. 202.

The origin of section 43 is, no doubt, the Roman concept of *patria potestas*. See Corinne Robertshaw, *Outline of Key Legislative Issues Relating to Child Abuse*, a Discussion Paper prepared for the Social Services Division, Department of National Health and Welfare (February, 1980).

According to *Black's Law Dictionary*, 5th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1979), p. 1014, *patria potestas* means in Roman law, paternal authority, the paternal power.

> This term denotes the aggregate of those peculiar powers and rights which, by the civil law of Rome, belonged to the head of a family in respect to his wife, children (natural and adopted), and any more remote descendants who sprang from him through males only. Anciently, it was of very extensive reach, embracing even the power of life and death, but was gradually curtailed, until finally it amounted to little more than a right in the *paterfamilias* to hold as his own any property or acquisitions of one under his power.

The power of teachers to use reasonable force by way of correction is said to originate in a delegation of parental authority. In this regard see *Mansell* v. *Griffin*, [1908] 1 K.B. 947. However, with the advent of compulsory education, parental delegation of authority can no longer be the basis for this right. H. Street in *The Law of Torts*, 4th ed. (London: Butterworth, 1968), at page 87, suggests that "the basis of the defence is the need to maintain order in the particular organization responsible for the training of the child." K. Stroud, "The Teacher Privilege to Use Corporal Punishment" (1978), 11 *Ind. L.R.* 349, at page 353 makes the surprising assertion that "public school pupils are subject to corporal punishment under the police power of the states that is delegated to the school officials."

Modern commentators describe the negative effect of corporal punishment by teachers:

> Corporal punishment erodes the youngster's basic trust and stimulates mistrust, anger and resentment and the child learns that the adult will not only not protect him from assault and battery, but also will sometimes be a party to it. Corporal punishment undermines the teacher's ability to interpret a pupil's basic needs and to provide an environment of mutual trust conducive to learning. E. H. Erikson, *Childhood and Society* (1950).

> Not only do children imitate such aggressive behaviour, [corporal punishment by school personnel] they also tend to employ these aggressive behaviours when faced with frustration in their own lives. I. Hyman, "Corporal Punishment in the Schools: America's Officially Sanctioned Brand of Child Abuse" (1980), 6 *Caring* 2.

Franklin C. Wilson, in *A Look at Corporal Punishment and Some Implications of Its Use*, Child Abuse Program, Ontario Ministry of Community and Social Services (August, 1980), provides some interesting statistics on corporal punishment. Wilson writes that many of the educators he interviewed were of the view (at page vii) that "the use of corporal punishment in the classroom by teachers can be a symptom of insufficient or negligible professional training in the areas of discipline behaviour, classroom planning and management." He argues forcefully against the use of corporal punishment in the schools, and suggests that a more appropriate response to school discipline problems is to teach student teachers how to anticipate and solve discipline problems effectively and without resort to violence.

Robertshaw, *supra*, suggests, at page 37, that the parliamentary sanctioning of corporal punishment of children creates a norm of child rearing in our society that is conducive to child abuse. She suggests that removing the present statutory sanction and allowing civil or criminal suits to be decided on an interpretation of the common law might provide a transition period during which other approaches to child rearing might become more widely accepted.

The Standing Committee on Health, Welfare and Science in *Child at Risk*, Report (1980), p. 58, recommended that section 43 of the *Criminal Code* and other provincial or territorial legislation sanctioning corporal punishment "be reconsidered by Federal, Provincial and Territorial Governments in view of the sanction which this type of provision gives to the use of violence against children."

Criticism of the use of force in schools is not only a modern phenomenon. In an American case, *Cooper* v. *McJunkin* (1853), 4 Ind. 290, it was stated:

> The law still tolerates corporal punishment in the schoolroom. The authorities are all that way, and the legislature has not thought proper to interfere. The public seem to cling to a despotism in the government of schools which has been discarded everywhere else .... In one respect the tendency of the rod is so evidently evil, that it might, perhaps, be arrested on the ground of public policy. The practice has an inherent proneness to abuse. The very act of whipping engenders passion, and very generally leads to excess .... Hence the spirit of the law is, and the leaning of the courts should be, to discountenance a practice which tends to excite human passions to heated and excessive action, ending in abuse and breaches of the peace. Such a system of petty tyranny cannot be watched too cautiously nor guarded too strictly ....

At page 293 of that case Stuart, J. stated:

> The husband can no longer moderately chastise his wife; nor, according to the most recent authorities, the master his servant or apprentice. Even the degrading cruelties of the naval service have been arrested. Why the person of the schoolboy, "with his shining morning face," should be less sacred in the eye of the law than that of the apprentice or the sailor, is not easily explained.

Unfortunately the plight of school children in the United States has not been greatly improved over the last 130 years. Boonin, "The Benighted Status of U.S. Corporal Punishment Practice," January 1979, 60:5 *Phi Delta Kappan* 395, pp. 395-96, provides the following statistics: Forty states authorized corporal punishment in their school systems by law; only Massachusetts and New Jersey do not authorize or administer corporal punishment in their school systems; the remaining eight states take intermediate positions.

Opponents of corporal punishment in the United States have attacked the practice as unconstitutional, with only moderate success in the courts. The U.S. Supreme Court, in *Ingraham* v. *Wright*, 621 F. 2d 609 (1977), found that the cruel and unusual punishment clause of the Eighth Amendment does not apply to corporal punishment in public schools, because that Amendment only applies to persons convicted of crimes. They also held that the due process clause of the Fourteenth Amendment does not require notice and a hearing prior to the use of corporal punishment because traditional common law remedies offer sufficient due process protection and the imposition of procedural safeguards would intrude into the educational responsibility of the school authorities. As was pointed out by the dissent in *Ingraham*, the common law remedies only arise after the fact and only protect a student against unreasonable or bad faith error, not against reasonable, good faith mistake. In *Baker* v. *Owen*, 395 F. Supp. 294, (M.D.N.C. 1975), aff'd 423 U.S. 907 (1975) (summary affirmance), the District Court stated that the Fourteenth Amendment concept of liberty embraced the right of parents to determine the mode of discipline for their children, but that right was not fundamental, and because corporal punishment furthered a national and legitimate state interest of maintaining discipline, the state's interest prevailed over parent's rights: 395 F. Supp., pp. 298-300. In *Hall* v. *Tawney*, 621 F. 2d 607 (4th Cir. 1980), the United States Court of Appeals held that a public school student *severely* injured by the use of disciplinary corporal punishment can press substantive due process claims under 42 U.S.C. section 1983, for deprivation of the Fourteenth Amendment right to bodily security. By recognizing this right, school children were provided with the constitutional protection that has been provided in the criminal context by virtue of the Eighth Amendment.

It is conceivable that arguments based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, would meet with greater success than similar arguments under the United States *Constitution*. There is no history of judicial interpretation that would limit the application of section 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment) to the criminal context. Section 7 (the right to security of the person) should protect children against violent assault. Similarly subsection 15(1) (the right to equal protection and benefit of the law) should provide persons of all ages, including children, with the same protection from assault that adults enjoy by virtue of section 245 of the

Criminal Code. Subsection 15(2) only permits discriminatory laws when their object is amelioration of the condition of disadvantaged groups or individuals, such as young children, and certainly could not be used to justify the type of discrimination in section 43 of the *Criminal Code*, which has as its apparent object tyranny over children. It is also arguable that the rights recognized in sections 7, 12 and 15 may not be abrogated by section 1, because corporal punishment of children is *not* demonstrably justified in a free and democratic society.

Schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent

"The authority of a school teacher to chastise a pupil *is* to be regarded as a delegation of parental authority, and any punishment inflicted is presumed to be reasonable and for sufficient cause until the contrary is shown": *Rex* v. *Corkum*, [1937] 1 D.L.R. 79 (N.S. Co. Ct.), Roberts, Co. Ct. J., p. 80. The parental authority forcefully to discipline their child, delegated to the educational authorities for educating, teaching and disciplining and returning the child home safely, extended to the defendant school bus driver, who was charged by the educational authorities with the responsibility of transporting the children safely to and from school: *Regina* v. *Trynchy* (1970), 73 W.W.R. 165 (Yukon Terr. Mag. Ct.). In *Regina* v. *Phyllis Jean Nixon* (October 17th, 1980, Ont. Dist. Ct., Shea D.C.J.), the accused was a residential counsellor at a psychiatric hospital and the victim was a moderately retarded adult who was at the centre to develop her communication skills. It was held that section 43 protected the accused from criminal liability: the accused stood in the place of "parent" and the victim was a "pupil"; the accused's actions in getting the victim to go to bed were "correction" within the meaning of section 43; she was justified in using reasonable force. But in *R.* v. *Ogg-Moss* (1981), 24 C.R. (3d) 264 (Ont. C.A.), it was held that section 43 could not be invoked because the accused, who was a residential counsellor at a hospital for mentally retarded persons, was not a "schoolteacher" or "person standing in the place of a parent" and the complainant, who was twenty-two years old and a voluntary resident at the hospital, was neither a "pupil" nor a "child" within the meaning of that section.

Force employed by schoolteacher must not exceed what is reasonable under the circumstances

A schoolmaster has the right, under section 63 (now section 43) of the *Criminal Code* as well as at common law, to inflict corporal punishment on a pupil for violating the rules of the school, provided the punishment is not excessive, the instrument with which it is inflicted is a proper one for the purpose and there is no malice or ill will on the part of the teacher. Punishment so inflicted which caused temporary pain and discolouration of the flesh for a few days was held not excessive according to *Rex* v. *Metcalfe*, [1927] 3 W.W.R. 194 (Sask. District Court). In *Campeau* v. *The King* (1951), 14 C.R. 202 (Québec C.A.), McDougall J. stated, at page 212:

> If in the course of the punishment the pupil should suffer bruises or contusions it does not necessarily follow that the punishment is unreasonable. However, if the master is careless in

> the manner of punishment he may by that fact alone be held responsible. There will be no disagreement that if a master strikes a pupil on the head by way [of] discipline his act is completely unjustified; the reason of course being that there is a danger of doing permanent harm by striking a delicate part of the body such as the head.

See also *Regina* v. *Joseph Herbert Dawson Bick* (April 11th, 1979, Ont. Co. Ct., O'Flynn, Co. Ct. J., unreported). Where there were reasonable and probable grounds upon which the accused could have concluded that a boy had engaged in conduct deserving of punishment, and, in punishing him, the accused did so in the honest belief that he had participated in the name calling, the accused was entitled to use force by way of correction. The force was reasonable under the circumstances and took place at the first reasonable opportunity: *Regina* v. *Haberstock* (1970), 1 C.C.C. (2d) 433 (Sask. C.A.). No force at all towards the victim is justified where there are no reasonable grounds for believing a breach of discipline requiring correction has occurred: *Regina* v. *Kanhai* (1981), 124 D.L.R. (3d) 85 (Sask. Dist. Ct.). See also *Regina* v. *Hugh Edward Jenney* (August 28th, 1981, B.C. Co. Ct., Carley Co. Ct. J., unreported). In *R.* v. *Imbeault* (1977), 17 N.B.R. (2d) 234 (N.B. Co. Ct.), a teacher was acquitted of a charge of assault because he was not required to foresee that the student might resist the teacher's acts of lawful correction, thus resulting in a scuffle. A teacher is not charged with the absolute duty to measure neatly the amount of force used by way of correction. See also *Regina* v. *Dimmell* (1980), 55 C.C.C. (2d) 239 (Ont. Dist. Ct.). The court may criticize a teacher for resorting to violence in the classroom: *R.* v. *Wheaton* (1982), 35 Nfld. & P.E.I.R. 520 (Nfld. Prov. Ct.).

Parents

The defence in section 43 was not available where the accused had the victim's older brother daily prod the victim's feet with a paperclip to "discipline" him, resulting in puncturing of the skin and infection, because the force used was not "reasonable under the circumstances" applying community standards: *Regina* v. *Michael David Sarwer-Foner* (January 12th, 1979, Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.), unreported). In determining whether the force used in administering the punishment was reasonable or excessive, the court must consider the customs of the contemporary Canadian community. The customs practised in the accused's former country were not, therefore, the appropriate test. The means of correction must be adapted to the age and sex of the child and to the effects that may result from it. The use of force by way of correction of a fifteen-year-old girl can seldom be justified. Punishment which caused injury to the girl's buttocks and breasts went far beyond what was reasonable under the circumstances. The accused are not entitled to the protection of section 43 when the force used by them is not by way of correction: *Regina* v. *Baptiste and Baptiste* (1980), 61 C.C.C. (2d) 438 (Ont. Prov. Ct.). Corporal punishment must be "objectively reasonable" and not only reasonable in the parent's opinion. A parent who chooses to use corporal punishment has a heavy responsibility to ensure against excesses in respect to motive, duration, force or choice of instrument. Slapping with the hand on the buttocks but not on the face or head is likely considered reasonable, but the use of an instrument such as a strap was perilous: *In Re James F.* (June 13th, 1983, Alta. Prov. Ct. Juv. Div., Bowker P.C.J.).

LES VOIES DE FAIT

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1984
N° de catalogue J32-1/38-1984
ISBN 0-662-53417-4

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 38

LES VOIES DE FAIT

1984

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M. le professeur Jacques Fortin, vice-président
Me Louise Lemelin, c.r., commissaire
Me Alan D. Reid, c.r., commissaire
Me Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche sur les règles de fond du droit pénal

François Handfield, B.A., LL.L.

Conseiller spécial

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Conseiller

John Barnes, B.A. (Oxon.), B.C.L. (Oxon.)

Table des matières

INTRODUCTION 1

I. LE DROIT CANADIEN ACTUEL 3

A. Le concept des voies de fait 4

(1) L'élément matériel 4
a) Les modes de perpétration 4
b) Le consentement 6
(2) L'élément moral 6

B. L'infraction qui consiste à infliger des lésions corporelles 8

C. Les formes particulières des voies de fait 8

(1) Les voies de fait commises avec une intention particulière 9
(2) Les voies de fait à l'encontre de victimes particulières 12
(3) L'agression armée ou causant des lésions corporelles 13

D. Les infractions connexes — les menaces 14

II. LES ORIGINES — LE DROIT ANGLAIS 19

III. FORME ET CARACTÉRISTIQUES DU DROIT ANGLAIS 21

IV. LES LACUNES DU DROIT ACTUEL ET LES PROBLÈMES QU'IL SUSCITE 23

A. Les lacunes sur le plan de la forme 23

(1) L'agencement général 23
(2) La définition des infractions fondamentales 24

B. Les lacunes sur le plan du fond 26

(1) L'élément moral 26
(2) L'élément matériel 26

C. Les questions appelant une solution politique 27

(1) Considérations générales 27
(2) Considérations particulières 27

V. LA RÉFORME PROPOSÉE 31

A. Le traitement médical 32

B. Les sports 34

(1) L'aspect juridique 34
(2) L'aspect social 37

C. La violence au sein de la famille
et le châtiment corporel infligé aux enfants 42

(1) La violence au sein de la famille 42
(2) Le châtiment corporel infligé aux enfants 44

VI. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS 55

ANNEXE : LE DROIT ACTUEL ET LE CHÂTIMENT CORPOREL
INFLIGÉ AUX ENFANTS (ARTICLE 43) 63

Introduction

Le cas de l'homicide mis à part, les règles relatives à l'usage de la violence semblent relativement claires et d'application facile. En effet, les grands conflits entre d'une part la nécessité, la contrainte et la légitime défense, et d'autre part le caractère sacré de la vie humaine (jusqu'à quel point peut-on légitimement protéger sa propre vie au prix de celle d'autrui?) ont tous déjà été approfondis dans le contexte de l'infraction de meurtre. Et sur le plan des concepts, le sujet ne paraît pas non plus susciter de difficultés majeures : les questions de l'omission et de la causalité (dans quelles conditions l'abstention d'accomplir un acte, ou le simple fait de créer une condition nécessaire à la mort, peuvent-ils équivaloir à un meurtre?) ont également été examinées dans le même cadre. Il ne reste donc, semblerait-il, qu'à mettre un peu d'ordre dans les dispositions du *Code criminel*.

Cependant, les apparences sont trompeuses. Ainsi, l'infraction de voies de fait suscite une opposition qui, sans être forcément intense, n'en demeure pas moins importante, entre par exemple le droit à l'intégrité corporelle et le droit à la liberté de mouvement : où s'arrête le droit pour une personne de déplacer son bras, où commence le droit de l'autre à un espace personnel? Se posent également des problèmes épineux en ce qui concerne le consentement : quelle est sa nature, quand est-il véritable, et dans quelle mesure le consentement de la victime supprime-t-il toute responsabilité pénale? Ces questions prennent une importance particulière dans certains domaines où les dispositions sur les voies de fait fixent les limites du recours légitime à la force; pensons notamment aux cas du traitement médical, des sports de contact et de combat et peut-être à celui du châtiment corporel. Les voies de fait constituent donc, sinon une véritable infraction maîtresse, du moins une infraction que l'on pourrait qualifier de fondamentale, c'est-à-dire sur laquelle sont fondées de nombreuses règles touchant d'autres infractions.

Cet état de choses tient naturellement, dans une large mesure, à des raisons historiques. En effet, les règles actuelles en matière de voies de fait, que l'on trouve notamment aux articles 244 et 245 du *Code*, découlent de l'ancien droit anglais. Or celui-ci était fondé sur deux infractions prévues par le common law : les voies de fait (*assault*) et les coups et blessures (*battery*). Les règles actuellement en vigueur au Canada s'articulent donc elles aussi autour de ces deux infractions, qui sont toutefois fondues en une seule appelée «voies de fait».

I.

Le droit canadien actuel

Les règles actuelles sur les infractions de violence qui n'entraînent pas la mort sont contenues aux articles 244, 245, 245.3 du *Code criminel*, ainsi que dans de nombreuses autres dispositions de la Partie VI. Les articles 244 et 245 définissent les infractions fondamentales en matière de voies de fait (y compris ce qui était connu en common law sous les termes de *assault* et *battery*). Parallèlement, l'article 245.3 crée une infraction fondamentale consistant à infliger illégalement des lésions corporelles[1]. Fondées sur ces infractions fondamentales, les autres dispositions définissent certaines infractions particulières ou circonstances aggravantes. Ainsi, l'infraction est considérée comme plus grave si elle est commise avec une intention particulière, par exemple celle de blesser, de mutiler ou de défigurer une personne (article 228) ou si elle est commise contre une victime appartenant à certaines catégories, comme celle des agents de la paix (article 246). Il existe en outre certaines infractions connexes, par exemple le fait d'administrer une substance délétère (article 229), les menaces par lettre ou appels téléphoniques (article 331), qui viennent combler certaines lacunes dans les règles consacrées spécifiquement aux voies de fait et aux lésions corporelles infligées illégalement.

D'autres infractions sont liées aux voies de fait : l'enlèvement (article 247) et le rapt (articles 249 et 250), ainsi que les infractions de mise en danger de la vie humaine (articles 79, 176, 204, 231, 232 et 241 à 243). L'enlèvement et le rapt soulèvent des problèmes particuliers, outre ceux que posent les infractions mentionnées dans l'introduction. De même, les infractions de mise en danger font entrer en jeu des considérations différentes de celles qui ont trait aux voies de fait, etc. C'est pourquoi l'enlèvement, le rapt et la mise en danger ne sont pas traités dans le présent document, mais feront l'objet de documents de travail spécifiques.

---

1. Aux termes du *Offences against the Person Act 1861*, (R.-U.) 24 & 25 Vict., chap. 100, constituait une infraction le fait de commettre des voies de fait causant des lésions corporelles. Notre *Code criminel* comprenait à l'origine une disposition créant deux infractions : infliger illégalement des lésions corporelles et commettre des voies de fait causant des lésions corporelles (paragraphe 245(2)). Par suite d'une modification apportée en 1982 (S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19), ces deux infractions distinctes figurent maintenant dans des dispositions différentes : l'alinéa 245.1(1)*b*) concerne les lésions corporelles infligées par des voies de fait, tandis que l'article 245.3 vise l'infliction illégale de lésions corporelles. De toute évidence — et cela est encore plus clair depuis l'amendement apporté en 1982 — le *Code* canadien comporte une nouvelle infraction fondamentale en matière de voies de fait.

A. Le concept des voies de fait

Comme nous l'avons déjà mentionné, les voies de fait et les coups et blessures sont regroupés dans le *Code criminel* en une seule infraction. Celle-ci est définie avec force détails à l'article 244 et l'article 245 énonce les peines qu'entraîne la perpétration de cette infraction.

Voici la définition des voies de fait que l'on retrouve au paragraphe 244(1) :

> Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque
>
> *a*) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;
>
> *b*) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein; ou
>
> *c*) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

(1) L'élément matériel

a) Les modes de perpétration

On peut commettre des voies de fait de trois façons différentes. Il peut d'abord s'agir d'un emploi de la force auquel la victime ne consent pas. Constituent également des voies de fait les menaces ou la tentative d'employer la force lorsque la personne qui agit ainsi est effectivement en mesure de le faire. Enfin, commet des voies de fait quiconque aborde ou importune une personne ou mendie, tandis qu'il porte une arme ou une imitation d'arme.

Ainsi, le premier mode de perpétration des voies de fait consiste dans l'emploi de la force. Ce dernier terme n'est pas défini dans le *Code criminel*. Cependant, en jurisprudence, on a reconnu que certains types de conduites constituaient un emploi de la force, par exemple le fait de toucher ou de cracher. En fait, on a même considéré que le fait d'effleurer une personne constituait des voies de fait[2]. Il est évident que dans ce contexte, le mot «force» n'est pas pris dans son sens ordinaire, c'est-à-dire une forme quelconque de violence, mais plutôt dans un sens très strict et technique, soit celui d'avoir un contact avec une personne sans son consentement.

---

2. D'après l'arrêt *R.* v. *Burden* (1982), 64 C.C.C. (2d) 68, p. 70, la personne qui pose sa main sur la cuisse d'une femme pendant cinq ou dix secondes sans le consentement de cette dernière emploie la force intentionnellement contre elle et commet par conséquent des voies de fait.

Dans ce sens, la force peut être employée non seulement directement mais aussi indirectement au moyen d'un acte délibéré qui a le même effet. Ainsi, ce serait probablement commettre des voies de fait au sens du *Code criminel* que de provoquer délibérément des chutes ou des collisions en creusant des trappes ou en jouant des tours. Bien entendu, dans certains cas particuliers, comme le fait de placer des explosifs dans l'intention d'infliger des lésions corporelles, le moyen indirect constitue une infraction distincte, en l'occurence celle qui est prévue à l'article 79 du *Code criminel*.

Généralement, on ne peut employer la force que par un acte et non par une simple omission. En Angleterre toutefois, on a considéré que le refus délibéré de corriger une situation caractérisée par l'emploi continu d'une force illégale constituait des voies de fait[3]. Récemment, on a résumé ce principe de la façon suivante : [TRADUCTION] «un acte non intentionnel suivi de l'omission intentionnelle de corriger cet acte ou ses conséquences peut, par rapport à l'ensemble de la conduite, constituer un acte intentionnel[4]». Exception faite de cette réserve assez restreinte (et il n'est pas sûr qu'elle soit reconnue par le droit positif canadien), une simple omission ne peut constituer des voies de fait.

Le second mode de perpétration des voies de fait consiste dans le fait de menacer une personne de l'emploi immédiat de la force. Cette menace doit être faite au moyen d'un acte ou d'un geste, comme brandir une arme en direction d'une personne. De simples paroles, même si elles évoquent l'intention d'employer la force, ne suffisent pas. En outre, l'agresseur doit être en mesure de mettre ses menaces à exécution sur-le-champ, ou la victime doit avoir des motifs raisonnables de croire que tel est le cas.

Le troisième mode consiste dans le fait pour une personne d'en aborder une autre, etc., en portant une arme. Il pourrait bien sûr y avoir eu emploi illégal de la force ou, à tout le moins, des menaces à cet effet, mais la réponse à cette question dépend de la preuve. Afin de faciliter la preuve, le *Code* prévoit que ce type de conduite constitue automatiquement des voies de fait. Autrement dit, la portée des règles de droit relatives aux crimes de violence a été étendue de façon à réprimer ce genre de comportements antisociaux, voire alarmants.

---

3. *Fagan* v. *Commissioner of Metropolitan Police*, [1969] 1 Q.B. 439, p. 445. Dans cette affaire, le geste du prévenu, qui avait écrasé le pied d'un policier avec sa voiture, pouvait à l'origine ne pas avoir été intentionnel. Mais par la suite, ayant pris conscience de la situation, il est resté assis dans sa voiture, a coupé le contact, a laissé la roue sur le pied du policier et a manifesté verbalement son intention de ne pas déplacer sa voiture. Selon le juge, cette conduite ne pouvait être considérée comme une simple omission ou une inaction.

4. *R.* v. *Miller*, [1982] 2 All E.R. 386, p. 392 (le juge May). On a jugé, en critiquant le raisonnement suivi par la majorité de la Cour dans l'arrêt *Fagan*, qu'en réalité l'abstention, de la part du conducteur, de déplacer sa voiture pour dégager le pied du policier constituait une omission. Mais comme le conducteur était conscient de la situation, le tribunal estimait que

> [TRADUCTION]
> le conducteur a sans aucun doute confirmé le geste qu'il venait d'accomplir ... sa conduite peut et aurait dû être considérée dans son ensemble, et alors l'élément matériel et l'élément moral coïncidaient d'une manière suffisante pour le rendre coupable de voies de fait.

b) Le consentement

L'essence même des voies de fait réside dans l'absence de consentement de la victime. En général, il ne peut y avoir de voies de fait si la victime a consenti. Toutefois, le consentement apparent obtenu par la force, les menaces, la fraude ou l'exercice d'une autorité quelconque ne peut, dans ce contexte, constituer un consentement valide. Conformément à la jurisprudence antérieure qui, dans une certaine mesure, avait déjà été intégrée au *Code*, le paragraphe 244(3) énonce actuellement ce qui suit :

> Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :
>
> *a*) de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;
>
> *b*) des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;
>
> *c*) de la fraude; ou
>
> *d*) de l'exercice de l'autorité.

Habituellement, le consentement de la victime est évident. Il peut avoir été donné expressément ou être implicite. Cette dernière hypothèse se rencontre dans trois types de situations : (1) les contacts inoffensifs et sans hostilité qui se produisent fréquemment dans la vie courante, comme le fait de bousculer quelqu'un accidentellement dans la rue, ou de toucher une personne à l'épaule pour attirer son attention; (2) les contacts dénués de toute hostilité qui se produisent dans le cadre de traitements médicaux; (3) les coups raisonnablement prévisibles dans la pratique d'un sport ou d'un jeu légal.

Cela étant dit, il existe des cas où le consentement de la victime ou l'absence de consentement n'a aucune pertinence. D'une part, il en est ainsi lorsque la force est employée dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, ou lorsque le coup est porté au cours d'un combat illégal comme un duel ou un combat concerté. D'autre part, l'absence de consentement de la victime n'a aucune pertinence lorsque la force est employée en vertu d'une autorité légitime aux fins de l'application de la loi ou lorsqu'un parent ou un professeur impose une punition légitime.

(2) L'élément moral

Les voies de fait sont essentiellement un crime d'intention. Les dispositions de l'alinéa 244(1)*a*) du *Code criminel* exigent expressément que la force ait été employée intentionnellement. D'autre part, bien que l'on ne trouve à l'alinéa 244(1)*b*) aucune mention explicite de l'intention, les mots «tente ou menace» supposent l'existence d'une intention. En effet, comment peut-on «tenter» ou «menacer» accidentellement? De même, l'emploi, à l'alinéa 244(1)c), des verbes «aborde», «importune» et «mendie» indique implicitement qu'il s'agit d'un acte intentionnel.

Dans ce contexte, le sens exact de l'intention n'est pas clair, tant s'en faut. D'une part, l'exigence du caractère intentionnel exclut l'application de ces règles aux actes faits par accident ou, dans certains cas, par erreur sur les circonstances. D'autre part, les voies de fait sont un crime d'intention générale : il n'est pas nécessaire que l'accusé ait eu l'intention précise d'attaquer une personne en particulier plutôt qu'une autre.

Reste à savoir si cette intention générale peut inclure l'insouciance. On a toujours considéré que les voies de fait ne pouvaient être commises qu'avec une intention. Cette position semble avoir été entérinée par la Cour suprême dans *R.* c. *George*[5], et dans *Leary* c. *La Reine*[6]. Cependant, dans certaines décisions anglaises, soit *R.* v. *Venna*[7] et *Director of Public Prosecutions* v. *Morgan*[8], on a jugé que des voies de fait pouvaient être commises non seulement avec une intention mais également par insouciance. Dans la doctrine canadienne, la question demeure controversée. Stuart[9] est d'avis que le droit canadien est analogue au droit britannique. Pour leur part, Mewett et Manning[10] considèrent qu'au Canada, l'acte commis par insouciance ne suffit pas à constituer des voies de fait.

---

5. [1960] R.C.S. 871, p. 877, 891. L'intention générale accompagnant la commission de l'acte est la seule intention requise pour la constitution des voies de fait simples. Aucune intention spécifique ne doit être établie par le ministère public à titre d'élément constitutif de cette infraction. Selon cet arrêt, la preuve que le prévenu se trouvait dans un état d'ébriété volontaire ne peut être admise à titre de moyen de défense, parce que dans les circonstances de l'espèce, rien ne permettait de croire que l'alcool avait produit une aliénation permanente ou temporaire et parce que l'intimé savait qu'il employait la force contre autrui.

6. [1978] 1 R.C.S. 29, p. 49, 57, 47; 33 C.C.C. (2d) 473, p. 476, 481, 495. Dans cet arrêt, on a établi une distinction entre les infractions dont la consommation ne requiert qu'une intention générale, et celles dont la consommation exige en outre une intention spécifique. Le viol étant une infraction à l'égard de laquelle l'intention générale est suffisante, la Cour est arrivée à la conclusion que l'ivresse ne pouvait constituer un moyen de défense en l'espèce. Selon le juge Dickson, dissident, cette distinction est devenue inutile. La culpabilité du prévenu doit être prononcée si ce dernier avait l'intention de contraindre la victime à des relations sexuelles contre son gré ou s'il a fait preuve d'insouciance au sujet du consentement. L'intoxication est un élément devant être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence de l'élément moral requis.

7. [1976] 1 Q.B. 421, p. 429. De l'avis du juge, l'insouciance (élément moral) est suffisante, lorsqu'elle accompagne le contact physique (élément matériel) pour constituer les coups et blessures compris dans les voies de fait occasionnant des lésions corporelles.

   [TRADUCTION]
   Nous ne voyons aucune raison, logique ou en droit, pour laquelle une personne qui, par insouciance, a recours à la force physique contre autrui devrait échapper à l'application des dispositions pénales sur les voies de fait. Dans bien des cas, il est pratiquement impossible de situer la démarcation entre l'intention et l'insouciance.

8. [1976] A.C. 182, p. 217 :

   [TRADUCTION]
   Le ministère public doit établir que le prévenu savait que son acte susciterait probablement chez une autre personne la crainte de violence immédiate et illégale ou qu'étant donné le but de l'acte, il aurait pu avoir cette conséquence, ou que le prévenu ne s'est pas soucié de savoir si son acte suscitait de telles craintes.

   Il a été jugé que cette intention ou cette insouciance constitue l'élément moral dans le cas des voies de fait.

9. Donald R. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, Toronto, Carswell, 1982, p. 130.

10. Alan W. Mewett et Morris Manning, *Criminal Law* (Canadian Criminal Law Series), Toronto, Butterworths, 1978, p. 474.

B. L'infraction qui consiste à infliger des lésions corporelles

Comme nous l'avons vu, l'infraction qui consiste à infliger des lésions corporelles se trouve maintenant dans une disposition distincte du *Code criminel*, à savoir l'article 245.3. Dans le cas de cette infraction, l'élément matériel réside dans le fait de causer illégalement des lésions corporelles. On peut penser que ces lésions peuvent être causées directement ou indirectement, et soit par une action, soit par une omission. Par ailleurs, l'infraction est consommée indépendamment du consentement ou de l'absence de consentement de la victime puisque l'absence de consentement ne constitue pas un élément de l'infraction.

Quant à l'élément moral de l'infraction, il n'est pas défini explicitement. En principe, il devrait s'agir tout simplement d'intention ou d'insouciance. Il n'y a cependant pas de jurisprudence sur le sujet.

Enfin, le sens du terme «illégalement» (en anglais *unlawfully*) est obscur. Dans son ouvrage sur la partie générale, Glanville Williams[11] donne quatre définitions possibles du terme *unlawfully* dans les lois pénales. Il peut être utilisé à seule fin d'établir une pénalité à l'égard d'un comportement illégal défini ailleurs. Il peut être utilisé pour interdire certaines formes illégales d'un comportement, par opposition aux formes légales de ce comportement, les tribunaux devant ensuite déterminer la légalité de la conduite incriminée dans un cas donné. Le terme *unlawfully* peut être employé, comme en matière de contrats, par opposition au terme *illegal*, pour désigner un comportement que l'on considère généralement comme immoral. Enfin, il peut être utilisé tout simplement pour écarter la responsabilité pénale d'une personne lorsque celle-ci agit avec une justification ou une excuse reconnue par la loi, auquel cas le terme *unlawfully* devient tout à fait superflu. C'est probablement ce dernier sens que l'on a voulu donner au terme «illégal» à l'article 245.3 du *Code criminel*.

C. Les formes particulières des voies de fait

On trouve ensuite dans le *Code* un certain nombre de formes particulières des voies de fait. Elles comportent des circonstances aggravantes et reposent sur le concept général et simple des voies de fait. Certaines de ces infractions sont aggravées par l'intention particulière avec laquelle elles sont commises. D'autres sont considérées comme plus graves parce que la victime fait partie d'une catégorie particulière. Enfin, d'autres sont aggravées à cause du mal effectivement causé.

---

11. Glanville Williams, *Criminal Law — The General Part*, Londres, Stevens and Sons, 1953, p. 25 (2e édition, 1961, p. 27).

(1) Les voies de fait commises avec une intention particulière

Il peut s'agir de l'intention de causer des blessures graves ou de commettre une autre infraction. L'intention d'infliger des blessures graves constitue l'élément moral de deux infractions. En premier lieu, l'infraction qui consiste à causer intentionnellement des lésions corporelles est définie à l'article 228 du *Code* par rapport à trois types d'intentions possibles : l'intention de blesser, de mutiler ou de défigurer (alinéa 228*a*)), l'intention de mettre en danger la vie d'une personne (alinéa 228*b*)), et l'intention d'empêcher l'arrestation ou la détention d'une personne (alinéa 228*c*)). En second lieu, la définition de l'infraction qui consiste à administrer une substance délétère, que l'on retrouve à l'article 229, exige soit l'intention de mettre la vie de la victime en danger ou de lui causer des lésions corporelles, soit l'intention d'affliger ou de tourmenter la victime.

Dans le cas de ces infractions, la poursuite doit établir que l'accusé a agi avec l'intention exigée par le texte d'incrimination applicable. Ainsi, l'accusé ne peut être condamné s'il était, lors de la perpétration de l'infraction, incapable d'avoir l'intention de causer des lésions corporelles[12] ou, de fait, n'avait pas l'intention de blesser la victime[13] ni de lui infliger des lésions corporelles[14]. Il faut donc établir l'existence de l'une ou l'autre des intentions prévues par la loi[15]. Toutefois, dans le cas d'attaques particulièrement brutales, il peut être possible de conclure de façon irréfutable que l'accusé avait l'intention nécessaire[16]. Lorsque l'existence de l'intention particulière ne peut pas être prouvée, mais que par ailleurs, l'acte reproché constitue sans équivoque une agression[17], la personne

---

12. Dans l'affaire *R.* v. *Martin* (1947), 88 C.C.C. 314, p. 317, le juge a conclu que le prévenu, accusé d'avoir tiré sur autrui avec l'intention d'infliger des lésions corporelles, se trouvait dans un état d'intoxication tel qu'il n'était pas en mesure de former l'intention spécifique d'infliger des lésions corporelles graves. Voir aussi *R.* v. *Penney* (1959), 125 C.C.C. 341.

13. *R.* v. *Patrygura* (1960), 129 C.C.C. 333, p. 333. Le prévenu avait reconnu avoir tiré, mais avait déclaré qu'il avait agi ainsi simplement pour effrayer la victime, et qu'il n'avait jamais eu l'intention de tirer sur cette dernière ni de lui causer des blessures ou des lésions.

14. *R.* v. *MacDonald*, [1944] 2 W.W.R. 458, p. 462. Le prévenu était inculpé d'avoir illégalement déchargé une carabine dans l'intention d'infliger à autrui des lésions corporelles graves. On a conclu, de la déposition de l'inculpé, qu'il n'avait pas tiré sur le plaignant, mais bien sur le sol ou loin de lui, afin de l'effrayer et de l'inciter à s'éloigner.

15. *R.* v. *Robertson* (1940), 86 C.C.C. 353.

16. Dans l'affaire *R.* v. *Innes and Broichie* (1972), 7 C.C.C. (2d) 544, p. 547, il a été décidé que les lésions corporelles infligées étaient d'une telle gravité (plusieurs personnes s'étaient jointes pour donner des coups de poing et des coups de pied à la victime, qui avait eu la gorge tranchée) que l'on pouvait arriver à la conclusion que les prévenus avaient tout au moins eu l'intention de défigurer la victime. Dans *R.* v. *Patrygura*, *supra*, note 13, p. 334-335, on a jugé que si le ministère public établit que le prévenu a commis un acte ayant pour conséquence naturelle de causer une blessure à la victime, l'intention coupable requise peut être constatée et la culpabilité prononcée à défaut d'explications de la part du prévenu.

17. Voir l'affaire *R.* v. *Walton* (1974), 14 C.C.C. (2d) 523, p. 526. L'inculpation d'avoir causé des lésions corporelles avec l'intention de mettre une vie en danger ne précisait pas les moyens par lesquels les lésions avaient été infligées et ne permettait aucunement de conclure que les lésions reprochées avaient nécessairement été causées par des voies de fait. L'infraction de voies de fait, n'étant mentionnée ni dans l'acte d'accusation ni dans l'infraction décrite dans le texte d'incrimination, n'était donc pas nécessairement en cause.

peut habituellement être condamnée pour voies de fait simples puisqu'il s'agit là d'une infraction incluse[18].

Une personne peut commettre l'infraction prévue à l'article 228 si elle «décharge une arme à feu, un fusil à vent ou un pistolet à vent». Il est question, dans cette disposition, de l'intention de blesser, mutiler ou défigurer, ou de mettre la vie en danger. «Blesser», c'est rompre la peau[19]. «Mutiler» une personne, c'est la rendre moins à même de se défendre[20]. Quant au verbe «défigurer», il [TRADUCTION] «évoque plus que le simple fait d'altérer temporairement l'apparence d'une personne[21]»; il vise notamment [TRADUCTION] «le fait de trancher l'oreille ou le nez d'une personne, ou le fait de causer à celle-ci une cicatrice permanente avec de l'acide[22]». L'intention de mettre la vie en danger diffère de l'intention de causer la mort dans la mesure où elle est relativement moins grave[23].

En vertu de l'article 229, constitue une infraction le fait d'administrer un poison ou une substance délétère à une personne, dans l'intention de mettre sa vie en danger, de lui causer des lésions corporelles ou de la tourmenter. Une [TRADUCTION] «substance est délétère si, selon la façon dont elle est administrée, elle est susceptible de provoquer, ou si elle provoque normalement l'un des résultats définis à l'article 229[24]». Pour déterminer si une substance est délétère, le tribunal peut tenir compte [TRADUCTION] «des propriétés de cette substance, de la quantité administrée et de la façon dont elle est administrée[25]». En conséquence, pour ce qui est de l'élément moral exigé par la définition de l'article

---

18. *R.* v. *Martin*, *supra*, note 12, p. 319-320. Une personne avait été accusée d'avoir tiré sur une autre avec l'intention de lui infliger des lésions corporelles graves. Il a été jugé que le fait de tirer sur une personne constituait des voies de fait et que le prévenu, bien qu'il n'ait pas été déclaré coupable de l'intention, pouvait être déclaré coupable de voies de fait simples, à titre d'infraction moindre. Dans l'arrêt *R.* v. *Christmas* (1975), 12 N.S.R. (2d) 489, p. 491, le juge a décidé que même si le critère de l'infraction incluse était aussi restrictif qu'on l'avait suggéré dans l'affaire *Walton*, l'accusation en l'espèce, mentionnant que les lésions corporelles avaient été causées [TRADUCTION] «avec l'intention de mutiler» supposait que les lésions avaient été causées par des voies de fait. La mutilation implique nécessairement la commission de voies de fait.

19. Dans l'affaire *R.* v. *MacPhee* (1979), 45 C.C.C. (2d) 89, p. 91-92, le juge cite la décision *R.* v. *Taylor and Young* (1923), 40 C.C.C. 307, dans laquelle on affirme que [TRADUCTION] «tout acte consistant à ‹ infliger des blessures › ... doit nécessairement causer des ‹ lésions corporelles véritables › ...».

20. Dans l'affaire *R.* v. *Schultz* (1962), 133 C.C.C. 174, p. 178, 180, le tribunal a estimé que la fracture de la jambe était une blessure suffisamment grave pour équivaloir à une mutilation. Toute blessure, quelle qu'elle soit, susceptible de rendre un homme moins apte à se défendre dans un combat ou à gêner son adversaire, doit être considérée comme une mutilation.

21. *R.* v. *Innes and Brotchie*, *supra*, note 16, p. 550 (le juge d'appel Robertson).

22. *Ibid.*, p. 551.

23. Conformément à ce principe, il a été jugé dans l'arrêt *R.* v. *Boomhower* (1974), 20 C.C.C. (2d) 89, p. 91, que l'acquittement de l'appelant de deux chefs d'accusation de tentative de meurtre n'était pas incompatible avec sa condamnation pour avoir déchargé une arme à feu dans l'intention de mettre une vie humaine en danger, aux termes de l'article 228 du *Code criminel*; voir également *R.* v. *Ross*, [1975] 5 W.W.R. 712.

24. *R.* v. *Burkholder* (1977), 34 C.C.C. (2d) 214, p. 219 (le juge d'appel Prowse).

25. *Ibid.*

229, il s'agit de démontrer que le fait d'administrer la substance était accompagné de l'intention de causer le mal décrit dans cette disposition[26].

L'infraction fondamentale que contient l'article 228 consiste à causer des lésions corporelles avec l'intention décrite dans cette disposition. Les circonstances aggravantes sont donc le résultat et l'intention concomitante de l'acte. Pourtant, en vertu de cette disposition, des actes qui sont tout simplement dangereux pour la personne deviennent des infractions. En outre, l'infraction peut être perpétrée par l'emploi de certaines armes avec l'intention exigée.

L'intention de résister à une arrestation ou de commettre une autre infraction constitue l'élément moral de plusieurs infractions du *Code criminel*. L'intention d'empêcher l'arrestation ou la détention d'une personne est le troisième type d'intention possible dans le cas de l'infraction qui consiste à infliger des lésions corporelles (alinéa 228c)). Pour ce qui est de l'infraction prévue à l'article 230, qui consiste à vaincre la résistance à la perpétration d'une infraction, l'accusé doit avoir eu l'intention de faciliter, pour lui-même ou pour une autre personne, la perpétration d'un acte criminel. L'intention d'empêcher une arrestation légale fait partie des intentions liées à la perpétration d'une infraction aux termes du paragraphe 246(1). Enfin, bien entendu, les voies de fait commises dans l'intention de voler constituent un vol qualifié, d'après les dispositions de l'article 302.

Dans le cas de ces infractions, la poursuite doit encore une fois prouver que l'accusé avait l'intention exigée par la définition de l'infraction. [TRADUCTION] «La perpétration de l'acte doit être caractérisée par une intention particulière liée au but[27]». Ces types d'intentions résident dans [TRADUCTION] «les mesures prises délibérément en vue d'atteindre un but illégal[28]». L'accusé ne peut être condamné s'il existe un doute raisonnable sur sa capacité de former cette intention. Il peut toutefois y avoir condamnation pour l'infraction incluse de voies de fait simples[29].

---

26. *Ibid.*, p. 220-221:

> [TRADUCTION]
> Cette infraction ne consiste pas dans le fait d'administrer une substance délétère à une autre personne. L'infraction est constituée par l'élément moral accompagnant l'administration d'une substance effectivement délétère. Le ministère public n'est pas tenu de prouver que le prévenu connaissait le caractère délétère de la substance (bien que cet élément puisse faciliter la preuve de l'intention). Il doit seulement établir le caractère délétère de la substance administrée. Ensuite, il lui faut établir l'intention requise.

27. *R.* v. *George*, *supra*, note 5, p. 877 (le juge Fauteux).

28. *Supra*, note 5, p. 890 (le juge Ritchie). Citons les observations suivantes :

> [TRADUCTION]
> Sur la question de l'élément moral, il convient d'établir une distinction entre l'intention qui s'applique à des actes accomplis en vue de parvenir à un objectif immédiat, d'une part, et à des actes accomplis avec l'intention spécifique et cachée d'atteindre un objectif illégal ou d'y tendre, d'autre part.

29. *Supra*, note 5. Le prévenu fut acquitté de l'infraction de vol qualifié parce qu'il n'était pas en mesure de former l'intention spécifique requise pour la constitution de l'infraction de vol. Il fut néanmoins déclaré coupable de voies de fait simples. La Cour suprême, dans l'arrêt *Lockett* c. *La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1140, p. 1141, 1147, a déclaré qu'une infraction peut être comprise dans une autre de deux manières. Elle peut être comprise dans l'infraction «telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée» ou «telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation». Le juge en arrive à la conclusion que l'infraction moindre ne doit pas nécessairement être comprise dans tous les paragraphes de l'infraction telle que décrite dans le texte d'incrimination.

(2) Les voies de fait à l'encontre de victimes particulières

Le *Code* contient également plusieurs infractions qui consistent à se livrer à des voies de fait sur des victimes particulières. Par exemple, les dispositions de l'article 172 prohibent les voies de fait sur la personne des membres du clergé dans l'exercice de leurs fonctions. Commet par ailleurs une infraction, aux termes de l'article 201, tout maître qui inflige illicitement des lésions corporelles à son apprenti ou serviteur. Enfin, les dispositions du paragraphe 246(1) interdisent les voies de fait contre les agents de la paix ou d'autres fonctionnaires publics agissant dans l'exécution de la loi.

Il existe une jurisprudence abondante relativement à l'infraction prévue à l'alinéa 246(1)*a*), qui consiste à se livrer à des voies de fait sur la personne d'un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions. Pour ce qui est de l'élément moral, la définition de l'infraction exige que l'accuse sût que la victime était un agent de la paix. L'accusé devait donc, cela va sans dire, avoir la capacité mentale de reconnaître l'agent[30], et de connaître l'identité de la victime[31]. L'intention devait être celle de se livrer à des voies de fait sur la personne d'un agent de la paix. Toutefois, la poursuite n'a pas à prouver que l'accusé savait que l'agent agissait dans l'exécution de ses fonctions. Celui qui attaque une personne qu'il sait être un agent de la paix agit à ses risques et périls.

Suivant la définition de l'infraction, le fonctionnaire devait agir dans l'exécution de ses fonctions lors de la perpétration des voies de fait :

> [TRADUCTION]
> [L]es fonctions d'un agent de la paix ne sont pas limitées à l'arrestation des criminels, à la solution et à la prévention des crimes, ni au maintien de la paix ... elles s'étendent au cas où un agent de la paix, tandis qu'il est en fonction, rencontre une personne sur le point de se suicider. L'agent a alors l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour sauver la vie de cette personne[32].

---

30. Dans l'affaire *R.* v. *Connolly*, [1967] 1 C.C.C. 101, p. 104, 105, il s'agissait de savoir si le prévenu, au moment où il avait frappé le policier, avait l'intention criminelle requise de commettre les violences en question. Il a été jugé que, à cause de la gravité des blessures qu'il avait subies au front et au cortex cérébral, il était dans l'incapacité de former rationnellement l'intention de commettre illégalement des voies de fait contre un agent de police dans l'exercice de ses fonctions. Il avait temporairement perdu toute faculté de coordination. Dans l'arrêt *R.* v. *Vicko* (1973), 10 C.C.C. (2d) 139, p. 140, si le prévenu, parce qu'il a ingéré du LSD, se trouve dans un état mental tel qu'il n'est pas en mesure de savoir que la victime est un agent de police, la déclaration de culpabilité est impossible.

31. On trouve dans l'arrêt *R.* v. *McLeod* (1954), 111 C.C.C. 106, p. 118-119, les observations suivantes :

> [TRADUCTION]
> Lorsque la connaissance d'un élément du crime constitue un élément essentiel, le prisonnier est en droit d'être acquitté si la preuve ne permet pas d'établir, ou écarte, la connaissance spécifique requise, peu importe toute autre infraction que le prévenu a pu commettre, parce que le crime imputé n'a pas été prouvé.

Par conséquent, le fait que l'accusé ait de toute façon été coupable de voies de fait simples ne le rend pas coupable de l'infraction d'avoir commis des voies de fait contre un agent de police en l'absence de l'élément moral requis.

32. *R.* v. *Dietrich* (1978), 39 C.C.C. (2d) 361, p. 364 (le juge Rae). Il est dit aux pages 363 et 365 que le devoir d'un agent de police ne se borne pas à intervenir lorsqu'une personne commet un acte illégal. Le policier a d'une manière générale le devoir de protéger la vie et les biens des citoyens, mais tous les actes qu'il accomplit pour s'acquitter de ce devoir ne sont pas nécessairement justifiés.

Bon nombre de cas se compliquent lorsqu'il s'agit de savoir si l'agent (qui en fait devait être un agent de la paix) exerçait des pouvoirs légaux[33]. Par exemple, l'accusé ne pourrait être déclaré coupable dans le cas où un policier effectuerait une arrestation illégale[34], ou outrepasserait ses pouvoirs, portant ainsi atteinte aux libertés d'une personne[35]. Toutefois, un agent de la paix peut agir dans l'exécution de ses fonctions, même si en droit strict, il est un intrus[36].

(3) L'agression armée ou causant des lésions corporelles

Les voies de fait peuvent constituer une infraction plus grave si elles sont commises au moyen d'une arme ou si elles entraînent des lésions corporelles. Ainsi, tandis que les voies de fait sont punissables d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, l'agression armée et les voies de fait entraînant des lésions corporelles sont punissables d'une peine de dix ans (paragraphe 245.1(1)). Par ailleurs, la peine prévue pour les voies de fait graves, définies à l'article 245.2 du *Code criminel* comme étant le fait de blesser, mutiler ou défigurer une personne, ou de mettre la vie de celle-ci en danger, est de quatorze ans.

---

33. Voir, par exemple, *R.* v. *Dean*, [1966] 3 C.C.C. 228, p. 228. Les voies de fait avaient été commises au moment où l'agent de police cherchait à arrêter le prévenu, dans l'exercice de son pouvoir d'arrestation sans mandat. Il a été décidé que vu le caractère légal de l'arrestation, l'agent de police était dans l'exercice de ses fonctions au moment où les voies de fait ont été commises contre lui. Voir aussi *R.* v. *Todd* (1978), 6 B.C.L.R. 66.

34. Voir *R.* v. *Kelly*, [1970] 4 C.C.C. 191; *R.* v. *Allen* (1971), 4 C.C.C. (2d) 194, p. 195-196. Dans cette dernière affaire, l'agent de police avait témoigné qu'il n'avait pas eu l'intention d'arrêter la jeune femme relativement à ce qui venait de se produire, mais qu'un autre fait était survenu (elle l'a frappé) et qu'il avait voulu empêcher toute autre atteinte à l'ordre public. Il avait voulu faire montre de son autorité et l'on a jugé qu'il n'avait pas agi dans l'exercice de ses fonctions; *R.* v. *Lascelles* (1971), 2 C.C.C. (2d) 134; *Gamracy* v. *R.*, [1974] R.C.S. 640, p. 643, 12 C.C.C. (2d) 209, p. 211. Lorsqu'une arrestation est effectuée en vertu d'un mandat, mais sans que l'agent ne l'ait sur soi, ce dernier s'acquitte parfaitement de son devoir en disant à la personne arrêtée que le motif de l'arrestation réside dans l'existence du mandat délivré. L'agent de police n'avait pas l'obligation de se munir du mandat ni de vérifier le contenu de celui-ci, pour en informer le prévenu.

35. Dans l'affaire *R.* v. *Tunbridge* (1971), 3 C.C.C. (2d) 303, p. 305, les policiers avaient outrepassé leurs pouvoirs en prétendant décider que, dans l'intérêt de l'enfant, il était préférable qu'il aille avec sa mère, et avaient essayé de l'enlever physiquement à son père. Rien ne faisait véritablement craindre que l'enfant subisse des blessures ou que l'ordre public soit violé. Dans l'arrêt *R.* v. *Corrier* (1972), 4 N.B.R. (2d) 775, p. 781-782, l'agent de police enquêtait sur une plainte de vol et agissait dans l'exercice de ses fonctions en questionnant l'appelant et en fouillant sa voiture. Mais lorsqu'il a tenté de saisir la voiture afin d'obtenir la preuve de la commission de l'infraction, sa conduite constituait à première vue une atteinte illégale au droit qu'avait l'appelant à la possession de sa voiture. Le policier en l'espèce avait accompli un acte que ne lui imposait ni le common law ni aucun texte de loi.

36. Dans l'arrêt *R.* c. *Stenning*, [1970] R.C.S. 631, p. 636-637, il s'agissait de savoir si le constable agissait dans l'exercice de ses fonctions au moment où il avait pénétré dans l'immeuble. D'après les faits de l'espèce, peu importe qu'il ait été en droit strict un intrus ou non, il agissait dans l'exercice de ses fonctions au moment où il a été victime de voies de fait et jusqu'à ce moment-là, aucune atteinte illégale à la liberté personnelle ou à la propriété de l'intimé n'avait eu lieu. Le constable se trouvait sur les lieux pour enquêter; il était en service.

D. Les infractions connexes — les menaces

Le *Code criminel* contient un autre groupe d'atteintes à la personne qui n'entraînent pas la mort. La définition de ces infractions n'exige pas nécessairement l'emploi direct de la force contre la victime. Il s'agit plutôt d'autres formes d'atteintes à la liberté et à la sécurité du public. Certaines dispositions sanctionnent la liberté de mouvement ou d'action en interdisant l'intimidation, la séquestration ou le rapt. D'autres portent sur la création de dangers pour le public ou sur la négligence à l'égard de personnes à charge. Dans cette étude, nous n'examinerons que les infractions qui comportent des menaces.

Une variété de motifs peuvent se cacher derrière des menaces illégales. Il peut s'agir de la recherche d'un avantage financier, comme dans le cas de menaces de violence en matière de vol qualifié ou de chantage. Les menaces peuvent aussi avoir pour but de forcer une personne à se soumettre à des relations sexuelles, ou d'entraver le processus de la justice. L'étude de ces types de menaces s'inscrit aisément dans celle des infractions contre la propriété, des infractions sexuelles ou des infractions contre l'administration de la justice.

Enfin, les menaces peuvent avoir pour seul but de tourmenter une personne. Elles peuvent être faites en vue d'empêcher une personne de faire ce qu'elle est parfaitement en droit de faire, se rendre à son travail par exemple, ou de nuire à une relation personnelle. Ces menaces constituent véritablement des infractions contre la personne, c'est-à-dire des menaces de violence qui entravent les libertés personnelles de choix et d'action de la victime, mais qui ne peuvent être placées dans une catégorie comme celle des infractions sexuelles. Pour des raisons de commodité, nous les désignerons au moyen du terme «menaces personnelles proprement dites».

Les dispositions créant les infractions relatives aux menaces visent à protéger les personnes contre la crainte et l'intimidation. Elles ont également un but préventif, soit celui de prohiber certains comportements susceptibles de se traduire par un mal tangible. Ces dispositions sanctionnent la liberté d'action : celle-ci, de même que la liberté de choix, ne devrait pas être entravée par l'intimidation illégale.

À l'heure actuelle, quatre dispositions du *Code criminel* traitent des menaces personnelles proprement dites :

> En vertu de l'alinéa 244(1)*b*), commet des voies de fait quiconque «menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein».
>
> Aux termes du paragraphe 305(1), commet une extorsion quiconque utilise des menaces pour «induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ... à accomplir ou à faire accomplir quelque chose». Les menaces ne doivent reposer sur aucun motif raisonnable et doivent avoir été faites dans «l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose».

Aux termes de l'article 331, constitue une infraction le fait de faire des menaces par la poste ou par téléphone.

En vertu des dispositions de l'article 381, commet une infraction quiconque menace, intimide, surveille, cerne ou suit une personne dans le dessein de la forcer «à s'abstenir de faire une chose qu'elle a légalement le droit de faire, ou à faire une chose qu'elle peut légalement s'abstenir de faire».

Ces dispositions qui traitent des menaces personnelles proprement dites établissent plusieurs distinctions. Ainsi, la définition des voies de fait à l'article [illegible] les menaces proférées «en personne» au moyen d'un acte ou d'un geste, et ex[illegible] capacité réelle de mettre les menaces à exécution. Pourtant, cette exigence ne se [illegible]e pas dans la définition des menaces verbales «à distance» de l'article 331, dans celle de l'intimidation en général de l'article 381, ni dans celle de l'extorsion à l'article 305. Par ailleurs, dans le cas des voies de fait, les menaces de violence doivent être adressées à la victime. En revanche, dans le cas des autres infractions que nous venons de décrire, il peut s'agir de menaces concernant des tiers ou des biens.

Le terme «quelque chose», dans la définition de l'extorsion à l'article 305, est suffisamment large pour inclure l'extorsion de relations sexuelles[37]. Les menaces doivent être de nature à intimider, à alarmer ou à troubler une personne d'une stabilité normale[38]. La menace d'une chose qui, à la connaissance de la victime, doit se produire de toute façon, est insuffisante[39]. Il n'est pas nécessaire que le mal dont la victime est menacée soit infligé personnellement par celui qui profère les menaces : informer la victime qu'elle aura affaire à une tierce partie très violente constitue une menace suffisante[40]. Pour se défendre contre une accusation portée en vertu de l'article 305, l'accusé doit justifier non seulement la demande qu'il a adressée à la victime, mais aussi les menaces au moyen desquelles il a tenté de contraindre la victime à satisfaire à sa demande[41]. Des menaces de mort ou de lésions corporelles ne peuvent jamais être justifiées :

---

37. Il a été jugé dans l'affaire *R.* v. *Bird*, [1970] 3 C.C.C. 340, p. 354, que le terme «quelque chose» devait être interprété de façon suffisamment large pour englober l'usage du corps de la plaignante. On ne doit pas lui donner un sens étroit, selon lequel il ne désignerait que des objets matériels et tangibles, et les relations sexuelles peuvent faire l'objet d'une accusation portée en vertu de cette disposition. Voir également *R.* v. *Bloch-Hansen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 143, p. 146.

38. *R.* v. *Bloch-Hansen*, *ibid.*, p. 146-147. Il ne s'agit pas de savoir si la menace a inquiété la personne à laquelle elle était destinée. La menace doit avoir été de nature à [TRADUCTION] «vaincre la volonté de la personne moyenne», à «provoquer une inquiétude suffisante pour troubler l'esprit et supprimer la volonté d'une personne raisonnablement saine d'esprit».

39. *Ibid.*, p. 147. En l'espèce, la plaignante savait qu'elle devait être mise en prison en vertu d'un mandat. Le tribunal s'est déclaré convaincu que la personne moyenne, étant détenue en vertu d'un mandat et dans des conditions semblables, ne considérerait pas comme une menace le fait qu'on lui dise qu'elle serait emprisonnée.

40. *R.* v. *Swartz* (1977), 37 C.C.C. (2d) 409, p. 412. Dans cette affaire, les menaces de Swartz n'étaient pas personnelles, mais avaient été faites au nom de criminels réputés pour leur tendance à la violence. De l'avis du juge, de telles menaces, dont le prévenu savait qu'elles n'étaient pas fondées, pouvaient très bien avoir eu un effet plus grand que si leur auteur avait menacé de recourir lui-même à la violence contre la victime.

41. *R.* v. *Naturelli and Volpe*, [1968] 1 C.C.C. 154, p. 160 (le juge Cartwright).

[TRADUCTION]
Lorsqu'il est prouvé que des menaces, pour lesquelles il n'existe aucune justification ou excuse, ont été faites dans l'intention de gagner quelque chose et en vue de contraindre la personne à faire quelque chose, la perpétration du crime ... est établie, et il n'est pas nécessaire de chercher à savoir si la personne qui a fait les menaces avait légalement droit à la chose demandée, ou si elle croyait sincèrement y avoir droit. Cette question ne se pose que lorsque les menaces sont telles qu'elles pourraient reposer sur une justification ou une excuse raisonnable[42].

L'accusé devait avoir l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose, mais il n'est pas nécessaire de tenir compte de ce que l'accusé avait l'intention de faire de l'objet désiré, après l'avoir obtenu[43].

L'infraction prévue à l'article 331 est «... constituée par la simple extériorisation d'une pensée[44]», mais doit avoir été commise par les moyens ou les méthodes décrits dans la disposition[45]. Ainsi, cette disposition ne vise pas les menaces verbales proférées de vive voix. Il n'était pas dans l'intention du Parlement de faire de ce type de menaces une infraction plus grave que les voies de fait[46]. Il suffit à la Couronne de prouver que les menaces ont été proférées par les moyens décrits dans la disposition. Elle n'a pas à démontrer que la victime avait conscience des menaces qui lui étaient adressées[47], ni que

---

42. *Ibid.*, p. 160-161.

43. *R.* v. *McClure* (1957), 26 C.R. 230, p. 236. Selon cette décision, ce que le prévenu avait l'intention de faire avec l'argent après l'avoir obtenu, n'avait aucune importance, bien qu'il eût l'intention de remettre un jour les deux cents dollars à leur propriétaire.

44. *R.* c. *Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485, p. 492, (1975) 18 C.C.C. (2d) 144, p. 154 (le juge Beetz), conf. (1973) 12 C.C.C. (2d) 268. Il convient de citer l'extrait suivant :

> Que l'extériorisation d'une pensée même sinistre constitue à elle seule un crime grave, abstraction faite de la forme qu'elle emprunte, des motifs de son auteur et de ses effets actuels ou probables sur la victime ou sur toute autre personne, me paraît étranger à l'économie générale de notre droit criminel et pourrait sans doute susciter des problèmes car innombrables sont ceux qui ne pèsent pas ce qu'ils disent.

45. Dans l'affaire *R.* v. *Basaraba* (1976), 24 C.C.C. (2d) 296, p. 297, on trouve l'affirmation suivante : [TRADUCTION] «[l]'essence de l'infraction prévue à l'article 331 du *Code criminel* réside dans les moyens par lesquels est exprimée la menace». Cet élément essentiel ne figurait pas dans l'accusation, selon laquelle le prévenu avait menacé verbalement une personne de provoquer la mort d'une autre personne, sans qu'il soit précisé que le prévenu s'était servi d'une personne pour transmettre la menace à une autre. Soulignons que le tribunal a jugé inutile de décider si l'utilisation d'un intermédiaire pour transmettre une menace tombait sous le coup de la disposition en question.

46. *R.* c. *Nabis*, *supra*, note 44, p. 491, 493 (C.C.C., p. 153, 155). Pourquoi le Parlement se donnerait-il la peine d'énumérer, même d'une manière non exhaustive, les divers moyens par lesquels peuvent être exprimées les menaces, s'il avait l'intention d'interdire les menaces proférées par quelque moyen que ce soit? Le Parlement a circonscrit le champ de l'infraction et il convient par conséquent de poser une limite par rapport aux moyens par lesquels les menaces peuvent être exprimées. «... Je m'arrêterais au moins au moyen d'expression le plus simple, le plus direct et le plus courant de tous, l'expression verbale d'une menace faite face à face, d'autant plus que ce moyen ne semble jamais avoir suffi à constituer un acte criminel». Dans l'arrêt *Henry* v. *R.* (1982), 24 C.R. (3d) 261, p. 263, si, comme le laisse entendre un passage de l'arrêt *Nabis*, la menace peut être faite au moyen d'un intermédiaire, rien ne prouve, en l'espèce, que l'appelant ait voulu que les personnes nommées agissent à titre d'intermédiaire pour exprimer les menaces de meurtre contre un agent de police. De ce fait, l'alinéa 331(1)*a*) du *Code criminel* ne peut s'appliquer.

47. *R.* v. *Carons* (1978), 42 C.C.C. (2d) 19, p. 21. Dans cette affaire, la victime n'avait pas compris que l'intimé menaçait de la tuer. De l'avis du juge, il importe peu que cette erreur ait été due à l'état d'intoxication de l'intimé, à l'état mental ou physique de la victime ou au fait qu'elle n'avait pas entendu correctement le message.

l'accusé avait effectivement l'intention de mettre ses menaces à exécution[48]. Enfin, il n'est pas nécessaire que les menaces aient été adressées directement à la victime visée[49].

Une personne peut commettre l'infraction prévue à l'article 381 soit par l'intimidation, sous différentes formes, de personnes déterminées[50], soit par l'obstruction générale d'une grande route[51]. Dans la plupart des cas, il s'agit de conflits de travail, mais la portée de l'infraction prévue à l'article 381 n'est pas restreinte à ce contexte particulier[52]. Le dessein de l'accusé est un élément essentiel de l'infraction, dont la Couronne doit faire la preuve[53]. L'infraction peut être consommée par une menace voilée ou indirecte sans violence physique[54]; le harcèlement et les tracasseries sont suffisants. L'accusé doit avoir agi «injustement et sans autorisation légitime» comme dans le cas où l'on effectue du piquetage [TRADUCTION] «de façon à causer une obstruction, un attroupement illégal, des actes de violence ou une intrusion, ou autrement de façon illégale[55]».

---

48. *R.* v. *Johnson* (1913), 9 Cr. App. 57, p. 59. Il s'agissait de savoir si la consommation de l'infraction prévue par cette disposition supposait l'intention de mettre à exécution la menace de meurtre contenue dans la lettre. Voici la conclusion du juge : [TRADUCTION] «... le fondement de l'accusation ne consiste pas dans l'envoi de la lettre ou dans l'intention de mettre la menace à exécution; l'infraction consiste à envoyer la lettre par malveillance».

49. *R.* v. *Thompson* (1981), 59 C.C.C. (2d) 514, p. 516. Aux termes de cet article, la menace doit être communiquée soit directement, soit par un intermédiaire, à la personne visée. Selon le juge, cette interprétation est conforme à l'intention du législateur. La personne visée par les menaces n'est pas nécessairement la même que celle qui les reçoit, et le Parlement aurait utilisé des termes différents si telle n'avait pas été son intention.

50. Dans *R.* v. *Rowley* (1972), 6 C.C.C. (2d) 388, p. 390, il a été jugé que l'emploi des termes «cette personne» dans les alinéas *a*) à *f*) du paragraphe 381(1) du *Code criminel* signifie clairement que les infractions créées par chacune de ces dispositions ont trait de manière spécifique à l'intimidation d'une personne identifiable.

51. *Ibid.* Par contre, ces mots ne figurent pas dans l'alinéa 381(1)*g*). L'infraction créée par cette disposition concerne l'obstruction d'une grande route, sans que la victime n'ait à être identifiée. Voir aussi *R.* v. *Stockley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 387.

52. *R.* v. *LeBlanc*, [1964] 3 C.C.C. 40, p. 44-45. Le prévenu a été déclaré coupable d'avoir illégalement menacé de violence des témoins de Jéhovah afin de les forcer à quitter la localité et à cesser de rendre visite à d'autres personnes. De l'avis du juge, ils pouvaient diffuser leur foi de manière conforme à la loi; ils avaient le droit de se trouver dans la localité et de visiter d'autres personnes. Dans l'affaire *R.* v. *Basaraba*, *supra*, note 45, p. 298, le juge, étudiant la question de savoir si l'article 381 du *Code criminel* ne s'appliquait que dans le contexte des conflits de travail, a souligné que les termes utilisés dans cette disposition n'indiquaient pas une telle limitation. L'article en question porte le titre «Intimidation» et l'on peut envisager plusieurs cas où l'infraction pourrait être commise dans des circonstances n'ayant rien à voir avec l'activité syndicale.

53. D'après l'arrêt *R.* v. *Branscombe* (1957), 25 C.R. 88, p. 89, il serait impossible pour le ministère public d'établir par une preuve directe le but poursuivi par le prévenu. Ce but doit nécessairement être déterminé [TRADUCTION] «au regard des circonstances, et en tirant des conclusions des circonstances qui ont été établies dans chaque espèce».

54. Dans l'affaire *R.* v. *Bonhomme* (1947), 88 C.C.C. 100, p. 102-103, il semblait évident que le prévenu, en faisant part à la plaignante d'un incident dont aurait été victime un collègue de cette dernière, souhaitait l'impressionner fortement afin de l'empêcher de continuer à travailler librement. Le juge a déclaré que le droit de grève existe dans certaines conditions, mais qu'il ne confère pas le droit d'empêcher les autres de travailler s'ils le désirent.

55. *R.* v. *Doherty and Stewart* (1946), 86 C.C.C. 286, p. 294. Il a été jugé, à la page 291, que le prévenu avait délibérément empêché les employés et les cadres de la société d'entrer à l'usine. Le geste avait été accompli intentionnellement, [TRADUCTION] «en vue de forcer» ces personnes à ne pas travailler. Selon la décision, il était suffisant de démontrer que le prévenu avait empêché de quelque façon que ce soit les employés d'exercer leurs activités habituelles.

II.

Les origines — le droit anglais

En cette matière comme en bien d'autres, les règles canadiennes actuelles découlent du droit anglais. Les rédacteurs du *Code criminel* de 1892[56], tout comme ceux du projet de code anglais (*Draft Code*) dont ils s'inspiraient, ont dans une large mesure repris des textes de loi antérieurs. Il s'agissait essentiellement d'une loi anglaise de 1861 appelée le *Offences against the Person Act 1861*[57], que le Canada, à titre de nouveau dominion, a promulguée[58] en 1869, et qu'il a reprise en 1886, avec quelques modifications mineures[59]. Dans le *Code*, les infractions d'*assault* et de *battery* étaient fusionnées en une seule, et une nouvelle infraction était créée, consistant à infliger illégalement des lésions corporelles; ces deux différences mises à part, la loi de 1861 forme le fondement de notre droit actuel.

Le *Offences against the Person Act 1861* constituait pour ainsi dire un code des crimes de violence. Parmi les soixante-dix-neuf articles qu'il contenait, dix portaient sur le meurtre et le *manslaughter* (homicide involontaire coupable) sans toutefois les définir, cinq portaient sur les différentes formes de la tentative de meurtre, et le reste, sur d'autres infractions contre la personne. L'article 18, par exemple, traitait du fait de causer des blessures graves dans l'intention d'estropier, de défigurer ou de mutiler une personne, ou de lui infliger des lésions corporelles graves. D'après Stephen[60], cette disposition créait vingt-quatre infractions distinctes, soit les différentes combinaisons possibles entre quatre actes (blesser, causer des lésions corporelles graves, tirer en direction d'une personne, et tenter de décharger une arme à feu sur une personne) et six états d'esprit (l'intention d'estropier, de défigurer, de mutiler, d'infliger d'autres lésions corporelles graves, de résister à une arrestation légale ou à une garde légale). Par ailleurs, la définition des crimes fondamentaux de voies de fait et de coups et blessures était laissée au common law.

---

56. S.C. 1892, 55-56 Vict., chap. 29.
57. 1861 (R.-U.), 24-25 Vict., chap. 100.
58. S.C. 1869, 32-33 Vict., chap. 20.
59. S.C. 1886, 49 Vict., chap. 51.
60. Sir James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, réimpression, New York, Franklin, 1964, vol. 3, p. 117.

Avant l'adoption de la loi de 1861, en effet, deux infractions fondamentales n'entraînant pas la mort s'étaient élaborées en common law : les voies de fait (*assault*) et les coups et blessures (*battery*). Les voies de fait consistaient dans un quelconque acte intentionnel (par exemple, le fait de menacer une personne avec son poing) à cause duquel une personne appréhendait une violence immédiate et illégale. Par «coups et blessures», on entendait tout acte commis intentionnellement (par exemple, le fait de frapper une personne) et par lequel une violence personnelle était exercée contre autrui.

En outre, certains autres crimes de violence plus graves furent créés. Certains tiraient leur origine du common law, comme le crime de mutilation et l'infraction moins grave qui consistait à blesser, lesquels furent mentionnés par Blackstone[61] dans le cadre des infractions contre la sécurité personnelle. D'autres se sont élaborés à la faveur d'une succession de textes législatifs aboutissant au *Offences against the Person Act 1861*.

61. Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1769, réimpression, Londres, Dawson of Pall Mall, 1966, vol. 3, p. 121.

III.

Forme et caractéristiques du droit anglais

Il suffit d'étudier brièvement ce domaine du droit anglais pour en discerner trois caractéristiques. En premier lieu, on constate que, d'une façon générale, la relative tolérance manifestée à l'égard de la violence a progressivement fait place à une rigueur considérable. En deuxième lieu, et parallèlement à cette évolution, le concept des voies de fait en est venu graduellement à englober des actes relativement anodins, et a pris un caractère davantage «technique». En troisième lieu, il faut citer l'apparition de la structure actuelle, qui se caractérise par l'existence de deux crimes fondamentaux autour desquels gravitent plusieurs infractions particulières.

Sauf en matière d'homicide, et contrairement au cas des infractions contre les biens, le droit anglais a toujours été singulièrement indulgent à l'égard des infractions contre la personne. Ainsi, le fait d'estropier une personne, c'est-à-dire de la priver [TRADUCTION] «d'un membre, comme lui crever un œil, la rendant ainsi moins apte à se défendre», n'entraînait pour son auteur qu'une amende. Il en allait de même du fait d'attaquer illégalement une personne, de la battre ou de la blesser, et des autres délits portant atteinte à la personne d'un être humain. Il en fut ainsi jusqu'en 1803, date à laquelle fut adoptée une loi[62] qui fit de plusieurs de ces infractions, notamment de la tentative de meurtre, des crimes capitaux.

Passons maintenant à la «banalisation» du concept de voies de fait. À l'époque de Bracton, où chaque infraction majeure équivalait à un *trespass* et chaque délit civil, à une infraction pénale, le simple fait de provoquer des contusions, sans fracture ni épanchement de sang, ne pouvait suffire à justifier une action pénale. Par la suite, vers la fin du dix-septième siècle, de telles voies de fait seront considérées comme une infraction lorsqu'elles sont commises intentionnellement, par une personne en colère ou hostile : la loi en viendra à réprimer le fait d'écarter quelqu'un de son chemin d'une manière violente, de lui arracher un objet ou de lui cracher au visage. Et même ce critère finira par disparaître : tout emploi de la «force», si légère soit-elle, sera considéré comme des coups et blessures s'il est intentionnel et si la victime n'y consent pas (le simple fait de toucher autrui est suffisant)[63]. À la faveur de cette évolution, les voies de fait, la force

62. 1803 (R.-U.), 43 Geo. III, chap. 58 (*Malicious shooting or stabbing*). Voir également Stephen, *supra*, note 60, p. 114.

63. Stephen, *supra*, note 60, p. 108.

et la violence prendront, en droit anglais et, partant, en droit canadien, une connotation purement technique : il s'agit en effet d'un contact physique avec autrui sans le consentement de ce dernier (*in invitum*).

Enfin, en prenant un caractère de plus en plus banal, le concept de voies de fait donne lieu à la formation de deux catégories de crimes de violence n'entraînant pas la mort. Il s'agit des voies de fait simples et des voies de fait causant des lésions corporelles. Entre les deux, il ne semble y avoir place pour aucune autre infraction.

Au début, l'expression «lésions corporelles» n'était pas définie. Avec le temps, les tribunaux en ont donné la définition suivante : [TRADUCTION] «toute blessure qui nuit à la santé ou au bien-être d'une personne ... et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance[64]». Cette définition a finalement été sanctionnée au paragraphe 245.1(2) du *Code*.

64. *R.* v. *Maloney* (1976), 28 C.C.C. (2d) 323, p. 326 (le juge LeSage, Cour de comté).

IV.

Les lacunes du droit actuel et les problèmes qu'il suscite

Maintenant que nous connaissons les origines des règles actuelles, nous pouvons mieux percevoir les divers défauts de celles-ci et les difficultés que suscite leur application. Il y a en premier lieu des défauts sur le plan formel : d'une manière générale, les règles sont mal agencées et manquent de clarté, notamment en ce qui concerne les infractions fondamentales. En deuxième lieu, la définition des éléments moral et matériel de ces mêmes infractions présente des lacunes plus fondamentales. Les règles actuelles, enfin, suscitent divers problèmes appelant une solution politique : le rôle du consentement, la question du traitement médical, celle de la violence dans les sports et enfin celle du châtiment corporel.

A. Les lacunes sur le plan de la forme

(1) L'agencement général

Le chapitre du *Code criminel* consacré aux infractions de violence n'entraînant pas la mort se caractérise par un désordre manifeste. Loin de former un ensemble cohérent et systématique, les dispositions qui traitent des voies de fait et des infractions connexes sont disséminées un peu partout dans le *Code*. Les voies de fait et l'infraction fondamentale qui consiste à causer des lésions corporelles sont définies aux articles 244 à 245.3. Mais hormis le cas des voies de fait exercées sur un agent de la paix, que l'on retrouve à l'article 246, et les agressions sexuelles, dont traitent les articles 246.1 à 246.8, toutes les formes particulières de voies de fait et les infractions connexes sont définies soit dans des dispositions précédant les articles 244 à 245.3, soit dans des articles qui se trouvent beaucoup plus loin.

Plusieurs formes de voies de fait sont définies dans des dispositions qui sont placées bien avant (l'une d'entre elles se trouve même dans la partie générale) celles qui définissent

les infractions fondamentales à partir desquelles ces infractions connexes ont été conçues et dont elles constituent des formes particulières. Par exemple, les articles 38, 41 et 42 du *Code criminel*, qui concernent la défense des biens, énoncent que dans certaines circonstances, la résistance par un intrus est réputée constituer des voies de fait. L'article 172 traite des voies de fait sur la personne des membres du clergé. L'article 201 traite des maîtres qui infligent des lésions corporelles à leurs domestiques et à leurs apprentis. Enfin, l'article 228 définit l'infraction qui consiste à causer intentionnellement des lésions corporelles, c'est-à-dire une variante aggravée de l'infraction qui consiste à infliger des lésions corporelles et qui est définie à l'article 245.3.

De même, de nombreuses autres infractions qui ne sont pas des voies de fait à proprement parler, mais plutôt des infractions connexes, sont définies dans le *Code* bien avant les dispositions qui définissent les infractions fondamentales auxquelles elles sont liées. Ainsi, l'article 81 concerne les combats concertés. Les dispositions de l'article 84 créent l'infraction qui consiste à pointer une arme à feu. Celles de l'article 171 interdisent de troubler la paix dans un endroit public, notamment en se battant, en molestant d'autres personnes et en déchargeant des armes à feu. Les dispositions de l'article 174 définissent l'infraction qui consiste à lancer des substances volatiles malfaisantes. Celles de l'article 229 traitent du fait d'administrer une substance délétère et, enfin, l'article 231 porte sur le fait de creuser des trappes susceptibles de causer des lésions corporelles.

En revanche, certaines formes particulières de voies de fait ou infractions connexes viennent bien plus loin dans le *Code* que les infractions fondamentales. Par exemple, l'article 253 traite de l'infraction qui consiste à transmettre une maladie vénérienne. L'article 331, qui figure dans la Partie VII portant sur les infractions contre le droit de propriété, traite des menaces par lettre, télégramme, téléphone, et ainsi de suite. Enfin, aux termes de l'article 381.1, situé dans la Partie VIII qui concerne les opérations frauduleuses en matière de contrats et de commerce, constitue une infraction le fait de menacer de voies de fait une personne jouissant d'une protection internationale.

Après ce coup d'œil rapide, on peut d'ores et déjà se rendre compte que la structure et l'agencement des règles de droit relatives aux voies de fait et aux infractions connexes manquent gravement de rigueur systématique. Plusieurs dispositions créant des infractions sont dispersées au hasard à travers le *Code*, et plusieurs ne se trouvent même pas dans la partie qui traite des infractions contre la personne. Il va sans dire que cela ne facilite en rien la tâche de l'utilisateur du *Code*, qui doit connaître les différentes infractions, de même que les différences et les recoupements qui existent entre celles-ci.

(2) La définition des infractions fondamentales

Plusieurs problèmes, dont nous avons déjà donné un aperçu, se posent concernant les deux infractions fondamentales que sont les voies de fait et l'infraction qui consiste

à infliger des lésions corporelles. Ces problèmes sont liés au concept de voies de fait lui-même, ainsi qu'aux relations entre les deux infractions.

D'après les règles prévues aux articles 244 et 245.3, il n'existe actuellement que deux infractions fondamentales : les voies de fait, et l'infraction consistant à infliger des lésions corporelles. Cependant, la première de ces infractions embrasse les deux types d'actes interdits par le common law, soit le *battery* (recours direct à la force) et l'*assault* (menace d'un recours immédiat à la force). Or il s'agit sans aucun doute de deux infractions absolument différentes, l'une consistant à effrayer quelqu'un sans le toucher, l'autre à toucher autrui sans nécessairement l'effrayer.

Actuellement, les voies de fait peuvent être commises de quatre façons : par l'emploi direct de la force (alinéa 244(1)*a*)), par la tentative d'employer la force (alinéa 244(1)*b*)), par la menace d'employer la force (alinéa 244(1)*b*)) ou par le fait d'aborder une personne ou de mendier en portant une arme (alinéa 244(1)*c*)). L'emploi direct de la force correspond aux coups et blessures du common law, tandis que la menace de violence est le pendant des voies de fait du common law. Quant à la tentative d'emploi de la force, elle ne constitue qu'une tentative d'exercer des voies de fait; c'est donc une infraction superflue puisque, par le jeu de l'article 24 du *Code criminel*, la tentative de commettre un crime équivaut elle-même à un crime. Par ailleurs, le fait pour une personne de mendier en portant une arme (un acte que l'on ne peut rapprocher ni de l'exercice véritable de la force, ni de la menace de violence immédiate) est une infraction relativement récente au chapitre des voies de fait. Bref, la notion de voies de fait, dans le *Code*, désigne des conduites très différentes qui, comme nous le verrons plus loin, ne portent pas toutes atteinte aux mêmes valeurs.

Par ailleurs, les recoupements qui existent entre les voies de fait et l'infraction consistant à causer des lésions corporelles sont une autre source de confusion. Les voies de fait sont définies de la façon que nous avons décrite ci-dessus à l'article 244 du *Code criminel*. Les dispositions de l'article 245 établissent ensuite la peine relative à cette infraction. Puis les dispositions de l'article 245.3 définissent l'infraction qui consiste à infliger illégalement des lésions corporelles, infraction que l'on retrouvait auparavant au paragraphe 245(2). Or, bien que cette infraction ne soit pas définie, il est clair, étant donné la définition du terme «lésions corporelles» au paragraphe 245.1(2), qu'elle inclut toutes les agressions autres que celles de nature insignifiante. Ces dispositions pourraient être source de confusion.

Cette confusion est liée surtout à la question du consentement. Par définition, pour qu'il y ait voies de fait, au sens de coups et blessures, la victime ne doit pas y avoir consenti : il s'agit d'un crime *in invitum*. Par contre, on ne retrouve pas cette exigence dans le cas de l'infraction qui consiste à causer illégalement des lésions corporelles : le consentement de la victime ne semble avoir aucune pertinence à cet égard. Dans ces conditions, une personne qui aurait infligé des lésions corporelles à une autre personne avec le consentement de cette dernière devrait apparemment être acquittée de voies de fait causant des lésions corporelles aux termes de l'alinéa 245.1(1)*a*), mais être condamnée pour avoir illégalement causé des lésions corporelles aux termes de l'article 245.3.

B. Les lacunes sur le plan du fond

(1) L'élément moral

Comme nous l'avons vu, la nature exacte de l'élément moral des voies de fait est loin d'être claire au Canada. Suivant la jurisprudence anglaise, cet élément moral inclut non seulement l'intention, mais aussi l'insouciance. Or, au Canada, les tribunaux ne sont jamais encore allés aussi loin. Du côté de la doctrine, les auteurs sont divisés : Stewart[65] considère que le droit canadien est au même effet que celui de l'Angleterre, tandis que Mewett et Manning[66] sont d'avis qu'au Canada l'élément moral des voies de fait n'inclut pas l'insouciance.

(2) L'élément matériel

Nous avons vu également que la nature précise de l'élément matériel des infractions fondamentales n'est pas clairement définie, tant s'en faut. Cette confusion est en partie liée à la question de l'omission, puisque, en dépit d'une certaine évolution en Angleterre, on ne sait pas vraiment dans quelle mesure, au Canada, les voies de fait peuvent être commises non seulement par un geste concret, mais également par une abstention. Par ailleurs, la confusion règne aussi à l'égard d'autres aspects : la possibilité de commettre une infraction par de simples paroles (question non entièrement résolue); la signification de l'expression «lésions corporelles», qui, on s'en souviendra, peut désigner pratiquement n'importe quoi; enfin, la pertinence du consentement de la victime au regard des règles actuelles.

Dans certains cas, par exemple lorsque l'infraction consiste en un simple toucher, le consentement de la victime constitue sans aucun doute un moyen de défense tandis que lorsque le contact est provoqué avec l'intention de causer la mort ou des blessures graves, ce n'est en général pas le cas. Le consentement peut en outre légitimer l'emploi de la force même quand il ne s'agit pas de simples touchers : citons par exemple les interventions chirurgicales et la pratique des sports. Mais, au Canada, la même règle peut-elle s'appliquer dans d'autres circonstances, par exemple à l'égard des pratiques sadomasochistes? La réponse à cette question demeure incertaine.

---

65. Stuart, *supra*, note 9.

66. Mewett et Manning, *supra*, note 10.

C. Les questions appelant une solution politique

(1) Considérations générales

Sur le plan de la réforme du droit, le consentement soulève par ailleurs des questions de principe. S'il peut légitimer le simple toucher, dans quelle mesure peut-il excuser aussi des contacts plus violents? Et s'il peut légitimer les lésions corporelles (au sens donné à ce terme au paragraphe 245.1(2)) en matière de traitement médical ou de sports, pourquoi n'aurait-il pas le même effet dans d'autres circonstances? Au nom de quel principe le consentement devrait-il écarter la responsabilité pénale dans un cas, mais non dans l'autre?

On voit donc que la question du consentement est intrinsèquement liée à l'approche juridique du traitement médical ou autre, des sports de contact et de combat, et peut-être même de la violence au sein de la famille et du châtiment corporel. Bien sûr, ces questions causeront inévitablement des problèmes, quels que soient les textes adoptés. Mais si les dispositions actuelles suscitent tant de difficultés et sont empreintes d'une si grande confusion, cela tient d'après nous en bonne partie à des raisons liées aux trois caractéristiques dont nous avons déjà fait état à propos des règles de common law ayant inspiré les rédacteurs du *Code*.

(2) Considérations particulières

Ces trois caractéristiques, rappelons-le, sont les suivantes : sévérité croissante à l'égard de la violence, banalisation progressive du concept de voies de fait, et enfin élaboration de deux degrés d'infraction, soit les voies de fait simples et les voies de fait graves, ces dernières supposant d'une manière générale des lésions corporelles véritables. Chacune de ces caractéristiques a eu des conséquences malheureuses.

Prenons tout d'abord la transformation de la tolérance en une sévérité croissante. Cette évolution a largement contribué à priver les termes «force» et «violence» de toute signification juridique véritable. À l'origine, ces mots avaient la même portée, en droit, que celle que leur donne toujours le langage courant, et supposaient à tout le moins un contact abusif. En revanche, ces termes désignent maintenant en droit le simple fait de toucher intentionnellement une victime non consentante, et la force ou la violence prend un sens purement artificiel et technique.

Cette évolution, qui va de pair avec la banalisation du concept de voies de fait, a selon nous jeté la confusion sur la question du consentement et sur celle de la valeur enfreinte par les voies de fait définies au *Code*. La valeur en question concerne le droit à la vie privée et l'inviolabilité de la personne : chacun est en droit d'attendre d'autrui

qu'il ne le touche pas contre sa volonté et qu'il n'envahisse pas son espace personnel. Mais la vie en société occasionne inévitablement de nombreux contacts auxquels nul ne s'oppose habituellement, ou ne serait présumé s'opposer : poignées de main, baisers, intimité sexuelle, soins de beauté, traitements médicaux, pratique de certains sports, bousculades accidentelles. On ne peut parler de voies de fait dans de tels cas, puisque le contact se produit avec le consentement de l'intéressé.

C'est par la notion de consentement que le droit aborde traditionnellement cet aspect de la question : les voies de fait (au sens originel de «coups et blessures») sont commises lorsque l'on touche à une personne sans son consentement; autrement, on ne peut parler de voies de fait. Le consentement peut du reste être explicite (par exemple, la victime d'un cambriolage accepte de faire prendre ses empreintes digitales) ou implicite (c'est le cas des contacts normaux que suppose la vie en société).

Le problème, c'est qu'une telle conception déforme la réalité. On pose alors — et ce n'est pas complètement illogique — qu'il est interdit de toucher autrui, mais en laissant entendre que cette règle ne s'applique pas lorsque la «victime» consent, expressément ou implicitement, à être touchée. Pourtant, le consentement exprès est relativement rare; la plupart du temps, il s'agit en réalité d'un consentement fictif. Dans le cas des contacts courants évoqués ci-dessus, les gens sont *réputés* donner leur consentement s'ils ne manifestent pas clairement leur opposition.

Pour ce qui concerne les voies de fait définies dans le *Code*, il ne s'agit donc pas, essentiellement, de savoir si la victime a consenti, mais bien si elle s'est opposée. L'infraction consiste en réalité dans le fait de toucher autrui *in invitum*, c'est-à-dire prendre des libertés avec une autre personne. Dans le cas des contacts sociaux habituels, par conséquent, la commission de l'infraction devrait nécessairement supposer que la victime est non consentante et le manifeste clairement. Pour ce qui est des autres contacts, il devrait être dit clairement dans la loi qu'une infraction est commise lorsque, selon toute probabilité, la victime aurait manifesté son opposition si elle en avait eu l'occasion : peu de gens, en effet, accepteraient que l'on crache sur eux.

Par ailleurs, et cela est plus sérieux, la définition des voies de fait graves est fondée sur celle des voies de fait simples, qui présente elle-même un caractère très artificiel. Dans bien des cas, il n'y a qu'une différence de degré entre la définition des infractions de violence auxquelles on attribue une gravité particulière et celle des infractions fondamentales. Les voies de fait simples consistent dans l'emploi de la force (au sens technique qu'a ce terme en droit) contre une victime non consentante, et les voies de fait graves, dans l'emploi d'une force plus grande (c'est-à-dire un véritable emploi de la force) contre une victime non consentante. Le véritable emploi de la force est celui qui cause des lésions corporelles.

Cette façon d'aborder la question est source de confusion à plusieurs égards. En premier lieu, on oublie alors qu'entre les voies de fait simples et les voies de fait graves, il n'existe pas tant une différence de degré qu'une différence de nature : lorsque le contact entraîne des lésions corporelles, il prend en effet une toute autre dimension. En deuxième

lieu, on confond les deux valeurs en jeu. Les dispositions relatives aux voies de fait simples consacrent le droit de chacun à l'*inviolabilité* corporelle et visent à empêcher qu'une personne ne prenne des libertés avec autrui (il s'agit en quelque sorte d'un droit à la vie privée), tandis que pour les voies de fait causant des lésions corporelles, c'est le droit à l'*intégrité* corporelle et à la protection contre les blessures qui est sanctionné. En troisième lieu, c'est toute la question du consentement qui se trouve empreinte de confusion : le consentement véritable constitue toujours, en effet, un moyen de défense en matière de voies de fait simples, mais ce n'est pas nécessairement le cas au sujet des voies de fait causant des lésions corporelles. Essentiellement, les voies de fait simples sont un acte *in invitum*, tandis que les voies de fait causant des lésions corporelles ne le sont pas. Or, en réalité, il est illogique d'appuyer la définition des infractions qui ne sont pas *in invitum* sur celle des infractions appartenant à cette catégorie.

Ce qu'il importe le plus de souligner, cependant, c'est que le droit anglais et, partant, le droit canadien ne reconnaissent pas l'existence d'une infraction intermédiaire entre les voies de fait simples et celles qui causent des lésions corporelles. Ne sont prévues, en effet, que les voies de fait simples (au sens de «coups et blessures») et diverses voies de fait plus graves, causant des lésions corporelles. Et comme nous venons de le voir, ces dernières sont considérées, dans la loi, simplement comme des formes plus graves des voies de fait simples.

La réalité est pourtant différente : dans ce domaine, il n'y a manifestement pas deux, mais trois possibilités. On peut tout simplement *toucher* la victime; cet acte ne devient répréhensible que si cette dernière s'y oppose, ou lorsque, manifestement, toute personne placée dans la même situation s'y serait opposée. À l'autre extrême, on peut *blesser* une personne, c'est-à-dire lui infliger un préjudice corporel permanent ou durable; cet acte peut être répréhensible même si la victime ne s'y est pas opposée : la société considère l'intégrité physique comme une valeur à protéger et s'oppose en général à ce qu'il y soit porté atteinte. Mais entre le fait de toucher autrui et celui de le blesser, se situe l'acte consistant à *infliger une douleur physique* à autrui (sans pour autant causer de blessures ni de lésions); un tel acte est répréhensible, mais peut être légitimé par le consentement de la victime.

À notre avis, l'absence de cette notion de douleur physique dans la loi a contribué à la confusion sur les voies de fait. Les tribunaux ont dû étendre la portée du terme «lésions corporelles» de façon qu'il embrasse «la douleur ... qui nuit au *bien-être*», pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une douleur de nature passagère ou sans importance. Se trouve sans doute visée par cette définition la douleur que les dentistes et les médecins infligent parfois à leurs patients. On en est ainsi venu à déformer le rôle du consentement, parce que celui-ci peut sans doute légitimer la douleur mais non, d'une façon générale, les lésions corporelles. Cette lacune a également pour effet d'obscurcir l'existence d'une autre valeur, soit le droit d'être épargné de la douleur et de la souffrance physiques, à ne pas confondre avec le droit d'être à l'abri des libertés qu'autrui pourrait prendre avec soi, et le droit de ne pas être exposé aux lésions corporelles ni aux blessures. Cet état de choses, enfin, fait obstacle à l'élaboration de règles véritablement cohérentes en matière de traitement médical et de sport.

V.

La réforme proposée

Selon nous, il serait plus logique, et davantage conforme au bon sens, de répartir les voies de fait en trois catégories :

(1) Les voies de fait consistant à toucher une personne contre sa volonté; ici, l'absence de consentement constituerait un élément essentiel devant être établi par le ministère public soit par une preuve d'opposition expresse, soit d'après des circonstances permettant de conclure à une opposition.

(2) Les voies de fait consistant dans le fait d'infliger une douleur physique; ici encore, l'absence de consentement de la victime constituerait un élément essentiel de l'infraction, mais serait présumée jusqu'à ce que le prévenu produise une preuve du consentement.

(3) Les voies de fait consistant à causer des lésions corporelles ou des blessures; dans ce cas, le consentement de la victime n'aurait aucune importance, mais le traitement médical ferait l'objet d'une règle particulière. L'expression «voies de fait» prend dans ce contexte un sens plus étendu parce que, contrairement aux cas décrits en (1) et en (2), qui supposent l'accomplissement d'actes concrets et intentionnels, l'infraction pourrait être perpétrée (comme tous les crimes de causalité) par omission et par insouciance.

Chacune de ces infractions pourrait être assortie de circonstances aggravantes, liées notamment à l'identité de la victime, à l'intention du prévenu et au mode de perpétration. Par exemple, les voies de fait pourraient être considérées comme plus graves si la victime est un agent de la paix, si le prévenu agit avec l'intention d'échapper à la justice ou en cas d'utilisation d'arme à feu.

Selon nous, une telle classification présenterait bien des avantages. Premièrement, les règles régissant ce domaine se trouveraient simplifiées, car elles s'accorderaient davantage au bon sens et à la morale, qui reconnaissent ces distinctions. Deuxièmement, le consentement pourrait alors jouer son rôle juridique véritable et, conformément au bon sens, constituerait un moyen de défense dans les deux premiers cas, mais non lorsque des lésions corporelles sont infligées. Troisièmement, le problème du traitement médical pourrait alors faire l'objet de règles logiques et réalistes, la question des sports de contact

et de combat serait également rendue plus claire et enfin, l'étude du problème de la violence au sein de la famille et du châtiment corporel pourrait même être facilitée.

A. Le traitement médical

La question du traitement médical est sans doute la plus importante dans ce domaine. La section de recherche sur la protection de la vie y consacre d'ailleurs une étude particulière[67] et, pour cette raison, nous nous contenterons dans le présent document de traiter la question dans ses grandes lignes, en disant comment, à notre avis, le sujet devrait être abordé dans un nouveau *Code*. Les règles détaillées seront toutefois formulées dans un autre document.

La discussion peut être amorcée en énonçant deux évidences. D'une part, tout code pénal digne de ce nom doit interdire les actes consistant à toucher les gens contre leur volonté, à leur infliger des douleurs physiques sans leur consentement ou à leur infliger des lésions corporelles. D'autre part, le traitement médical administré à un patient tout à fait consentant ne devrait pas, de toute évidence, rendre son auteur passible de poursuites pénales pour voies de fait.

On pourrait tout simplement placer le consentement au cœur de toute la question. La loi considérerait alors comme un crime le fait de toucher autrui, de lui causer une douleur physique ou de lui infliger des lésions corporelles sans son consentement. À l'inverse, le législateur pourrait énoncer que de tels actes ne constituent pas un crime lorsqu'il y a consentement de l'intéressé (que l'acte soit accompli par un médecin, un dentiste, un coiffeur, un esthéticien, un tatoueur ou même un sadique). Il ne serait nullement nécessaire dans ce cas de prévoir des règles particulières pour le traitement médical.

Il s'agit manifestement là d'une solution simpliste. D'une part, en effet, il n'est pas certain que le fait d'infliger des lésions corporelles à des personnes doive être excusé lorsqu'il y a consentement. Tout comme le consentement à l'homicide ne justifie pas celui-ci, en raison du caractère sacré de la vie humaine, on pourrait juger qu'il ne peut constituer un moyen de défense à cause du caractère sacré de l'intégrité corporelle, lorsque des lésions graves sont infligées. Il est vrai que le consentement légitime parfois certains actes qui prendraient autrement un caractère criminel, mais il s'agit toujours d'actes accomplis dans un dessein socialement accepté, comme sauver une vie humaine ou redonner la santé à une personne.

---

67. Sur la question du traitement médical, le lecteur pourra consulter le document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *Le traitement médical et le droit criminel* [Document de travail n° 26], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1980. La Commission s'emploie aussi à l'heure actuelle à la préparation d'un rapport sur la question.

D'autre part (et cela est sans doute plus important), cette solution ne correspond pas à la façon dont on conçoit actuellement le traitement médical. En effet, l'attitude courante ne consiste pas à dire que le chirurgien inflige à son patient des lésions corporelles tout en étant fondé à le faire. C'est plutôt que les interventions chirurgicales ne sont pas considérées comme des actes entraînant des lésions corporelles : le chirurgien n'a même pas à justifier ses gestes.

C'est pourquoi nous proposons que la question du traitement médical soit abordée de la façon suivante : en premier lieu, voyons les actes consistant à toucher autrui. Dans ce cas, le médecin ou le dentiste (tout comme le coiffeur, l'esthéticien) ne commet aucune infraction s'il touche son patient avec le consentement exprès ou apparent de ce dernier. À cette étape, le traitement médical ne pose aucun problème particulier.

En second lieu, il y a la question de la douleur physique. Les médecins sont parfois amenés à provoquer certaines douleurs chez leurs patients, et les dentistes, souvent. Ici encore, aucun problème ne se pose, car le patient consent à la douleur qui lui est infligée. Chacun admettra que le consentement peut légitimer les actes occasionnant de la douleur lorsqu'il s'agit d'actes accomplis par l'esthéticien, le tatoueur, le lutteur, le boxeur, le scientifique, et ainsi de suite. Et si, d'une manière habituelle, nous ne consentons pas à la souffrance, nous y consentons tout de même assez souvent pour qu'il soit impossible d'exclure le consentement à titre de moyen de défense dans de tels cas. Le traitement médical ne soulève donc, dans ce cas non plus, aucun problème particulier.

La difficulté surgit au sujet de la douleur infligée pour procurer un plaisir sexuel. Si V accepte de l'argent de P pour se laisser flageller, son consentement devrait-il pouvoir constituer un moyen de défense? Si X consent à se laisser battre par Y, son supérieur immédiat, par crainte de voir ce dernier dénoncer une faute qui lui est imputable, le consentement de X, donné par crainte du congédiement, devrait-il constituer un moyen de défense pour Y? Si A verse de l'argent à B pour que ce dernier le fasse souffrir, la culpabilité de B devrait-elle varier selon que A voulait effectuer une expérience scientifique, être châtié pour ses péchés ou simplement satisfaire ses instincts masochistes? Voici notre opinion provisoire à ce sujet : comme les actes occasionnant de la douleur n'entraînent pas de lésions permanentes ou durables, comme il serait difficile pour les tribunaux de chercher à découvrir les motifs et les raisons expliquant de telles conduites et, enfin, comme on aurait du mal à formuler un principe à partir duquel, pour de subtiles considérations morales, tel cas particulier constituerait des voies de fait mais non tel autre, nous croyons que dans ce domaine, le consentement devrait toujours pouvoir être invoqué à titre de moyen de défense[68].

---

68. Cette question a été résolue d'une manière tout à fait insatisfaisante dans l'arrêt *R.* v. *Donovan*, [1934] 2 K.B. 498. Dans cette affaire, une femme avait consenti à être flagellée, mais n'avait subi aucune lésion permanente ou durable. D'après la solution que nous recommandons, et vu les circonstances de l'espèce, le prévenu aurait dû être acquitté, car le consentement peut être invoqué à titre de moyen de défense dans le cas de voies de fait consistant à infliger une simple douleur physique. Mais si le ministère public avait établi l'existence de lésions corporelles, le consentement de la victime aurait perdu toute pertinence. La défense aurait cependant pu invoquer la bonne foi du prévenu et prétendre que le consentement avait été donné dans un dessein socialement acceptable.

Enfin, abordons la question des lésions corporelles. Sur quel principe devrions-nous fonder la distinction entre le sadique qui coupe l'oreille d'une victime consentante et le chirurgien qui ampute la jambe de son patient avec le consentement de celui-ci? Pour établir cette distinction, on ne dit pas : les deux causent des lésions corporelles, mais le chirurgien est fondé à le faire. Au contraire, on tient ce raisonnement : le sadique inflige des lésions corporelles à l'égard desquelles le consentement ne peut constituer un moyen de défense car, consentement ou pas, nul ne doit pour quelque raison que ce soit porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui et ce principe doit être sanctionné publiquement par le droit pénal; le chirurgien, pour sa part, inflige à l'occasion des souffrances physiques, mais jamais des lésions corporelles. Le terme «lésions corporelles» porte en effet une certaine connotation normative et suppose l'altération d'un membre ou d'un organe, qui devient par le fait même moins apte à remplir sa fonction. Donc, lorsque le chirurgien procède à l'ablation d'un rein atteint, à l'amputation d'une jambe malade, il n'inflige pas, à proprement parler, des lésions corporelles à son patient : l'intervention vise à *améliorer* l'état général de ce dernier.

Selon nous, ce problème particulier devrait être abordé, en droit, par la voie d'une définition et d'une exception. Il s'agirait de définir l'infraction consistant à causer des lésions corporelles, de donner une définition générale au terme «lésions corporelles» et enfin, d'instituer une exception concernant les opérations chirurgicales pratiquées sur des patients consentants et dans un dessein socialement admis. Parmi ces desseins, on pense bien sûr, en premier lieu, à la guérison et au bien-être du patient; au cours des dernières années, cependant, nous en sommes venus à admettre les opérations pratiquées en vue d'un don d'organes ou pour une expérience scientifique. Ces pratiques pourraient donc être visées par le terme «dessein socialement admis». Soulignons toutefois que le consentement du patient demeurerait nécessaire : nul ne devrait se voir imposer un traitement contre son gré. Le traitement médical administré avec le consentement du patient échapperait alors totalement au droit pénal, ce qui est sans aucun doute souhaitable.

B. Les sports

Les sports de combat et les sports de contact posent un problème particulier en matière de voies de fait. La question comporte deux aspects. Le premier aspect, qui est d'ordre juridique, met en cause des définitions et des principes énoncés dans la loi. L'autre aspect, qui est d'ordre social, concerne la violence inutile qui est pratiquée et même encouragée dans le cadre de certains sports comme le hockey.

(1) L'aspect juridique

La question juridique est la suivante : pourquoi et dans quelle mesure le recours à la force dans les sports de contact constitue-t-il une exception valable aux dispositions

interdisant la violence? En principe, tout acte de violence, même au sens technique du terme, est illégal. Toutefois, exceptionnellement, les actes de violence ont toujours été tolérés dans les sports de contact. Une telle exception est sans aucun doute bien fondée car autrement, personne ne pourrait pratiquer légalement un sport de contact.

Cette exception a pour fondement juridique le consentement de la victime. Théoriquement, la loi présume que la personne qui se livre à un sport consent implicitement :

(a) à des contacts (et parfois des douleurs) physiques, dans les limites permises par les règles du jeu;

(b) à des contacts (et parfois des douleurs) physiques accidentels qui surviennent dans le cadre de cette activité sportive;

(c) au risque de blessures causées par ces contacts physiques.

Ainsi, un joueur de football consent implicitement à se faire plaquer, à recevoir des coups de pied accidentellement et, par voie de conséquence, à risquer des blessures. Par contre, le joueur n'est pas censé avoir consenti à d'autres contacts physiques, c'est-à-dire à des contacts physiques qui ne sont pas permis par les règlements régissant ce sport, aux blessures qui peuvent en résulter, ni aux blessures qui lui sont infligées délibérément. Par exemple, un joueur de football n'est pas censé avoir consenti à recevoir un coup de poing délibéré à la figure, un coup de pied à l'aine ou un coup sur la tête.

En droit, cependant, le consentement de la victime n'est pas le seul facteur qui entre en jeu. Il importe également d'étudier les deux points suivants :

(a) la nature et l'étendue du préjudice qui en résulte, et

(b) le type d'activité au cours de laquelle l'acte de violence est commis.

En quoi la nature du préjudice entre-t-elle en ligne de compte? Dans la plupart des sports, jeux et activités, il est interdit d'infliger délibérément des blessures à ses adversaires mais, dans certains sports, cette interdiction n'existe pas. Toutefois, cela ne veut pas nécessairement dire que le consentement de la victime constitue un moyen de défense. S'il s'agit d'un sport illégal comme un combat concerté, il est clair que le consentement de la victime n'entre pas en jeu. Par contre, si le sport pratiqué est un sport reconnu par la loi, comme la boxe, le consentement de la victime doit être pris en considération dans la mesure où le défendeur a agi conformément aux règles du jeu qui sont destinées à diminuer le risque de blessures graves. Si l'activité sportive n'est ni interdite ni permise par la loi, alors en principe le consentement de la victime constitue un moyen de défense pourvu que les blessures infligées ne soient pas graves, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas nuisibles à la santé et au bien-être de la victime et qu'elles soient insignifiantes ou

passagères. Comme on l'a fait remarquer dans l'affaire *Bradshaw*[69], [TRADUCTION] «aucune règle ou pratique de jeu ne saurait rendre légal ce qui est illégal aux yeux de la loi du pays». Autrement dit, le droit privé ne peut remplacer le droit public ni l'emporter sur celui-ci.

L'importance de l'autre facteur, soit le type d'activité sportive, est manifestement fondée sur le bon sens mais elle est plus difficile à définir. En common law, certains actes de violence commis au cours d'activités sportives permises ont toujours été tolérés, en particulier si ces activités sont pratiquées conformément aux règles du jeu, tandis que ces mêmes actes de violence sont inacceptables dans le cadre d'activités qui ne sont pas considérées comme des activités sportives. La distinction qui peut être pressentie entre ces deux types d'activités se situe au niveau de leur utilité sur le plan social qui, dans le premier cas, justifie l'exercice de cette activité en dépit des actes de violence mais qui, dans le second cas, ne semble pas exister. Dans l'affaire *R.* v. *Donovan*[70], par exemple, le tribunal a considéré que la flagellation d'une femme consentante dans le but d'obtenir une satisfaction sexuelle ne pouvait être mise sur un pied d'égalité avec ce qu'il a qualifié de sports «virils» et que par voie de conséquence, le consentement de la victime ne

---

69. (1878), 14 Cox C.C. 83, p. 84. Le prévenu avait, pendant une partie de football, causé la mort d'un joueur et son acte a été jugé illégal parce qu'il avait l'intention, en le commettant, de causer des blessures graves à autrui ou qu'il avait fait preuve d'insouciance à cet égard. Le juge déclare, à la page 85, qu'il importait peu de savoir si l'acte en cause avait été accompli en conformité des règles du jeu et des pratiques courantes.

70. *Supra*, note 68. Cette décision a été commentée par de nombreux auteurs. On semble avoir beaucoup de peine à conclure que l'arrêt *Donovan* fait jurisprudence au Canada. D'après l'arrêt, les coups donnés par le prévenu étaient de nature ou destinés à provoquer des lésions corporelles et le tribunal a donc estimé qu'il s'agissait d'un acte illégal à l'égard duquel le consentement ne pouvait constituer un moyen de défense. Les auteurs insistent sur l'incertitude juridique suscitée par cette décision. Selon eux, la conclusion presque inévitable devant être tirée de l'arrêt *Donovan* est que la boxe et les autres activités de même nature sont illégales parce que ce serait faire fi de la réalité que de prétendre que dans la boxe, le but de chacun des adversaires n'est pas de blesser l'autre. Les auteurs croient aussi que le tribunal, dans la décision *Donovan*, a oublié de préciser que le traitement médical constitue une exception à la règle relative aux lésions corporelles. Pour de nombreux auteurs, la principale difficulté réside dans l'ambiguïté d'un critère défini par le terme «lésions corporelles» et dans l'impossibilité d'établir une distinction entre les voies de fait légères et les voies de fait graves. Selon Graham,

> [TRADUCTION]
>
> ... le critère des lésions corporelles est raisonnable pour l'essentiel, mais il pourrait être interprété d'une façon quelque peu plus large que ce que le jugement semble indiquer ... Lorsque le risque de préjudice permanent est inexistant, il ne semble pas opportun de considérer de tels actes [sadomasochistes] comme criminels, pourvu que le consentement ait été librement et pleinement donné. [Hughes Graham, «Consent in sexual offences» (1962), 25 *The Modern Law Review* 682.]

Le caractère admissible du préjudice corporel devrait être apprécié au regard de l'intérêt public ou de la valeur en cause.

Le lecteur pourra consulter : J. C. Smith et Brian Hogan, *Criminal Law*, 5e édition, Londres, Butterworths, 1983, p. 358; Mewett et Manning, *supra*, note 10, p. 472; Stuart, *supra*, note 9, p. 458; Jacques Fortin et Louise Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 299; Peter Brett et Peter L. Waller, *Cases and Materials in Criminal Law*, 2e édition, Chatswood, Australie, Butterworths, 1965, p. 278; Glanville Williams, «Consent and Public Policy», [1962] *Crim. L.R.* 74; L. H. Leigh, «Sado-Masochism, Consent and the Reform of the Criminal Law» (1976), 39 *Modern Law Review* 130.

Selon les arrêts *R.* v. *Abraham* (1974), 30 C.C.C. (2d) 332 et *R.* v. *Setrum* (1976), 32 C.C.C. (2d) 109, rendus respectivement par la Cour d'appel du Québec et la Cour d'appel de la Saskatchewan, l'arrêt *Donovan* ne ferait pas jurisprudence au Canada. Soulignons toutefois que la Cour suprême du Canada a cité l'arrêt *Donovan* dans la décision *R.* v. *Cullen*, [1949] R.C.S. 658, et l'a implicitement approuvé. L'applicabilité de l'arrêt *Donovan* reste donc douteuse.

pouvait, dans les circonstances, constituer un moyen de défense à l'encontre de l'accusation d'avoir causé des lésions corporelles graves.

Tant sous l'aspect des règles du jeu que sous celui de la valeur sociale d'une activité sportive, des problèmes se posent. En ce qui a trait aux règles du jeu, la théorie et la pratique peuvent s'opposer. Théoriquement, le fait d'infliger des blessures intentionnellement ne fait pas partie des règles du jeu et supprime toute possibilité de consentement, mais on considère que la personne qui participe à une activité sportive consent implicitement aux blessures non intentionnelles qui résultent d'actes permis par les règles du jeu. Dans la réalité cependant, certains sports ou activités sportives sont pratiqués à si vive allure qu'il peut être impossible de faire la distinction entre les contacts physiques intentionnels et les contacts physiques non intentionnels.

En ce qui concerne le type d'activité, la question est la suivante : sur quel principe doit-on se baser pour décider ce qui constitue une activité sportive reconnue par la loi et une activité sportive qui ne l'est pas? En toute logique, on pourrait, pour répondre à cette question, considérer comme illégal tout sport où des blessures sont infligées intentionnellement. Pour ce qui est des sports légitimes, par conséquent, les participants devraient, eu égard tout simplement aux circonstances, continuer à être considérés, en droit, comme consentant dans les limites des règles du jeu à

(1) être touchés;

(2) se faire infliger certaines douleurs physiques;

(3) être touchés accidentellement, ou se voir accidentellement infliger des douleurs et des lésions corporelles.

Nul n'est besoin d'énoncer une règle expresse à cet effet, sauf peut-être pour le cas de la boxe. En effet, ce sport, contrairement à tous les autres sports légitimes, autorise ceux qui le pratiquent à infliger intentionnellement des blessures à l'adversaire : de toute évidence, le knock-out suppose des lésions corporelles. Pour que la boxe demeure légale, il serait donc nécessaire d'adopter une disposition spécifique, ne découlant d'aucun principe mais visant simplement un résultat pratique.

(2) L'aspect social

Les coups portés au cours des activités sportives présentent des difficultés d'ordre théorique en droit pénal, mais la violence inutile qui caractérise de nombreux sports constitue un problème plus grave encore. Par exemple, on a grandement critiqué le hockey professionnel où l'on tolère des comportements brutaux qui sont dangereux pour les participants et néfastes sur le plan moral pour les spectateurs. On considère également qu'il s'agit là d'un exemple peu édifiant pour les jeunes joueurs. Afin de corriger le malaise qui caractérise actuellement les sports, on a proposé diverses solutions ou modes

de contrôle[71]. Certains observateurs réclament une nouvelle définition des objets du sport, une nouvelle politique d'éducation des participants et l'élaboration de modèles qui soient plus humains et moins destructeurs. D'autres suggèrent de nouvelles règles du jeu et un contrôle disciplinaire plus rigoureux de la part des ligues. Certains favorisent l'établissement de commissions publiques régies par la loi et chargées de fixer des normes en matière sportive. Enfin, d'autres recommandent une répression plus efficace et plus vigoureuse, grâce au droit pénal, des actes de violence commis par les joueurs. On reconnaît généralement que les mesures appropriées doivent varier suivant l'âge et la catégorie des joueurs.

La société canadienne condamne généralement les actes de violence délibérés et reconnaît que les poursuites pénales sont le remède approprié. Mais l'application du droit pénal canadien à ce qui se passe sur la patinoire devient une question délicate. En effet, le hockey jouit d'un statut privilégié dans la culture canadienne. Par définition, il s'agit d'un sport rapide, vigoureux et agressif, qui a toujours été considéré comme réservé aux hommes et jamais, de toute son histoire, comme un sport pacifique. La victoire a toujours été le but ultime :

> [TRADUCTION]
> Le hockey est fondé sur la violence qui est sa substance même. Le caractère inévitable du recours à la violence tient à l'interaction de plusieurs facteurs : non seulement le bâton est-il une arme, mais les patins deviennent des armes blanches; non seulement la mise en échec de l'adversaire est nécessaire, mais l'emploi du bâton, des épaules, du coude, de la tête, des mains et même des patins en vue de mettre l'adversaire en échec est devenu un art. En outre, le fait que la surface de jeu soit entourée de planches et de verre ajoute à la rigidité de la surface glacée. Enfin, le bruit et l'enthousiasme fougueux des amateurs finissent de créer l'atmosphère ... Il est assez ironique que l'aspect le plus positif du hockey, le jeu d'équipe, ait contribué à en créer le pire aspect, la violence délibérée. La brutalité constitue maintenant une arme dont on use intentionnellement pour remporter la victoire. L'esprit d'équipe incite les joueurs à défendre leurs coéquipiers, à user de représailles pour le compte de ceux-ci, et même à faire usage de violence pour effrayer l'adversaire. De nos jours, les entraîneurs parlent ouvertement de l'intimidation physique comme d'une méthode stratégique en vue de remporter la victoire au hockey[72].

Nombreux sans doute sont ceux qui désirent que le hockey reste ce qu'il est. Peut-être la popularité de ce sport dépend-elle justement de son caractère brutal. Il est donc nécessaire de faire preuve de circonspection lorsqu'il s'agit d'étendre l'application du droit pénal à des activités aussi traditionnelles. Encore une fois, l'intervention du droit pénal dans les sports comme le hockey est une question fort délicate.

Cela dit, il arrive que le législateur soit tenu d'intervenir pour condamner l'emploi délibéré de la force entraînant des lésions corporelles. Au cours des dernières années, des poursuites criminelles ont été intentées contre des joueurs, relativement à des voies

---

71. Le lecteur qui souhaiterait mieux connaître le problème des sports pourra consulter John Barnes, *Sports and the Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 1983.

72. Neil D. Isaacs, *Checking Back — A History of the National Hockey League*, 1re édition, New York, Norton, 1977, p. 19-20.

de fait commises durant le jeu, ou même à des attaques causant la mort[73]. Les altercations qui surviennent au cours de compétitions athlétiques ou les blessures dont les participants sont victimes peuvent donner lieu à diverses accusations criminelles, notamment pour avoir blessé quelqu'un aux termes du paragraphe 245.2(1) du *Code criminel*, pour avoir causé des lésions corporelles par négligence criminelle (article 204), pour avoir troublé la paix (article 171), ou pour avoir eu en sa possession une arme dangereuse (article 83). Mais dans la plupart des cas, il s'agit d'une accusation de voies de fait qui peut être portée même si la ligue a déjà pris les mesures disciplinaires appropriées[74].

Il existe maintenant de nombreuses décisions publiées qui traitent d'accusations de voies de fait en matière sportive[75]. Mentionnons certaines décisions prononcées au civil :

73. *R.* v. *Smithers*, [1978] 1 R.C.S. 506, p. 521. Smithers a été déclaré coupable d'homicide involontaire. On avait établi qu'il avait illégalement commis des voies de fait contre la personne décédée, et que son acte avait à tout le moins contribué à la mort de cette dernière. Le juge exprime le principe suivant lequel une personne qui commet des voies de fait doit prendre sa victime comme elle la trouve. Dans l'arrêt *Re Duchesneau* (1979), 7 C.R. (3d) 70, p. 84, le tribunal, incapable de déclarer le prévenu coupable d'homicide involontaire, l'a condamné pour voies de fait simples. Comme les voies de fait avaient été commises lors d'un arrêt temporaire du jeu, il était impossible, selon le juge, de conclure à un consentement implicite, car un tel consentement ne peut exister qu'à l'égard des plaquages se produisant au cours de la partie, conformément au règlement.

74. *R.* v. *Prénoveau*, [1971] R.L. 21, p. 25. Selon le juge, les règles instituées par les ligues de hockey sont nécessaires à la pratique adéquate du jeu. Néanmoins, les tribunaux civils et criminels ne devraient pas renoncer à leur compétence parce qu'un joueur a déjà été puni par application des règles de la ligue. Toute clause d'un contrat ou d'un règlement qui viendrait contredire ce principe devrait être considérée comme illégale et contraire à l'ordre public.

75. Voir *R.* v. *Maki* (1971), 1 C.C.C. (2d) 333, p. 336. De l'avis du tribunal, le moyen de défense du consentement aux lésions corporelles comporte certaines limites en matière pénale. Dans un *obiter dictum*, le juge déclare qu'aucune ligue sportive, même bien organisée, ne devrait mettre les joueurs à l'abri des poursuites pénales : [TRADUCTION] «Il y a là une question de degré, et aucun sportif ne devrait être présumé accepter les agressions malveillantes, non provoquées ou exagérément violentes». Dans l'arrêt *R.* v. *Green* (1971), 2 C.C.C. (2d) 442, p. 447-448, d'après les faits présentés à partir d'incidents qui s'étaient produits au cours d'une partie de hockey jouée à l'échelle nationale, le juge conclut à la difficulté d'imaginer un cas où la culpabilité pour voies de fait simples (et non pour voies de fait causant des lésions corporelles) pourrait être prononcée, vu la liberté du jeu et les risques que les joueurs acceptent de prendre de leur plein gré. Lorsqu'un joueur, par une réaction instinctive, cherche à se protéger, il ne devrait pas être déclaré coupable de voies de fait. La situation pourrait être différente lorsqu'il s'agit d'attaques sauvages, sans provocation, et causant des blessures graves. D'après *R.* v. *Levte* (1973), 13 C.C.C. (2d) 458, p. 459, lorsque l'on participe à un sport de compétition comme le handball, il faut présumer qu'on le fait en étant conscient de la possibilité d'être frappé et l'on est réputé y consentir, pourvu qu'il s'agisse de réactions instinctives et étroitement reliées au jeu. Dans l'affaire *R.* v. *Watson* (1976), 26 C.C.C. (2d) 150, p. 156-157 le procureur du prévenu soutenait que les règles du jeu admettaient ou encourageaient les combats. D'après le juge, les règles prévoient que de tels actes répréhensibles pourront survenir à l'occasion, mais en réalité, elles visent à les décourager. [TRADUCTION] «Jouer une partie de hockey, ce n'est pas se soustraire à l'application du droit pénal» (p. 156). Dans l'affaire *R.* v. *Maloney*, *supra*, note 64, p. 326-327, abstraction faite du consentement implicite ou explicite à l'emploi de la force, le juge insiste sur les limites juridiques du consentement : [TRADUCTION] «On devrait parler de consentement implicite lorsqu'un joueur consent aux agressions qui font partie intégrante de la pratique normale du hockey, ou qui en découlent dans une mesure raisonnable». Dans *R.* v. *Henderson*, [1976] 5 W.W.R. 119, p. 123, 124 et 127, le tribunal tente d'établir des critères au regard des types de risques que les joueurs acceptent en se livrant à un sport. Ils acceptent les risques découlant d'une façon naturelle de l'activité en cause, activité qui ne dépasse pas les limites du fair-play. Le tribunal reconnaît que l'imposition de sanctions pénales à l'égard de la pratique des sports ou d'autres activités constitue une mesure sévère. Dans l'arrêt *R.* v. *Langton* [C.A. Sask., le 2 octobre 1974 (arrêt non publié)] (voir «Hockey Violence — *R.* v. *Langton* — a Case Note» (1976), 32 C.N.R.S. 121), la décision rejette carrément l'idée que les personnes qui participent à un sport consentent à subir quelques voies de fait que ce soit. Il existe un principe, qui s'est trouvé renforcé : [TRADUCTION] «Aucun sport organisé, si populaire soit-il, ne peut légaliser une conduite que le Parlement, dans sa sagesse infinie, a jugé nécessaire d'interdire» (p. 125).

Gagné c. *Hébert*[76], *Agar* v. *Canning*[77]. Il s'agit invariablement de voies de fait prétendument commises au cours de matches de hockey. Dans ces décisions, on a tenté de définir les limites du consentement implicite du joueur à la violence. Comme nous l'avons souligné précédemment, si le contact est accidentel ou instinctif, ou s'il est raisonnablement prévisible dans le cadre du jeu, il est visé par les limites du consentement implicite. Mais si le coup porté est délibéré, excessivement violent ou s'il n'est pas justifié par le stade où se trouvait le jeu, il constitue des voies de fait. Néanmoins, même si l'on juge qu'un acte n'est pas lié au jeu et qu'il est caractérisé par une trop grande violence, l'accusé peut invoquer la légitime défense[78]. De façon générale, les tribunaux canadiens ont fait preuve de tolérance à l'égard des attaques survenues au cours de matches de hockey professionnels. En revanche, ils exigent plus de retenue et de «fair-play» lorsqu'il s'agit de joueurs locaux ou d'amateurs. Nombreuses sont les accusations portées contre des joueurs amateurs qui se sont traduites par des condamnations.

Sur ce point, abstraction faite du problème d'ordre juridique dont nous avons discuté précédemment, la doctrine du «consentement implicite limité» est relativement viable. Elle présente l'avantage de donner aux tribunaux criminels canadiens la latitude qui leur est nécessaire pour distinguer entre les contacts physiques ordinaires et la brutalité injustifiée en matière sportive. Bien que certains préconisent l'adoption de mesures spécifiques — en 1980, un projet de loi relatif à la violence dans les sports[79] a été présenté au Congrès américain, afin de régler de façon précise la question de l'emploi excessif de la

---

Voir également *R.* v. *Lecuyer* (1978), 11 A.R. 239; *R.* v. *Williams* (1977), 35 C.C.C. (2d) 103. Dans l'affaire *R.* v. *St. Croix* (1979), 47 C.C.C. (2d) 122, p. 124, on a jugé que [TRADUCTION] «les joueurs de la Ligue nationale de hockey, qui ont subi un entraînement professionnel et dont le hockey est le métier, consentent à subir des comportements plus agressifs que dans une partie purement amicale, jouée par des amateurs avec les gens du voisinage». Dans l'arrêt *R.* v. *Côté* (1981), 22 C.R. (3d) 97, p. 100-101, d'après le juge, la théorie selon laquelle les athlètes ne seraient soumis qu'aux règles disciplinaires d'un sport et que la contravention à ces règles échappe à l'application du droit, est inacceptable parce qu'elle suppose la prédominance des sports sur la loi. Cette intervention plus fréquente des tribunaux, demande le juge, ne serait-elle pas justement le meilleur moyen d'enrayer cette violence épidémique dans les sports? Dans l'affaire *R.* v. *Gray*, [1981] 6 W.W.R. 654, p. 661-662, le jeu était arrêté, et il était plus facile de conclure que le prévenu avait agi de façon délibérée et intentionnelle. Son acte ne pouvait être considéré comme découlant de la pratique normale du jeu.

76. (1932), 70 C.S. 454, p. 457-458. Ce n'est pas parce que c'est la coutume de ne pas recourir aux tribunaux que ceux qui délibérément causent des dommages (voies de fait) peuvent échapper à la responsabilité de l'article 1 053 du Code civil. Selon le juge, il est grand temps que les tribunaux interviennent.

77. (1966), 54 W.W.R. 302, p. 304, conf. (1966) 55 W.W.R. 384. On trouve dans cette décision les commentaires suivants : [TRADUCTION] «On ne peut parler de consentement implicite lorsque des blessures sont infligées dans des circonstances démontrant une intention claire de causer des lésions graves à autrui, même s'il y a eu provocation et que l'acte ait été accompli dans le feu de l'action». D'après cette décision, il est possible d'intenter une action civile en dommages pour un coup porté dans un accès de colère, même lorsque le coup a été donné dans le cours d'une partie de hockey.

78. La décision *R.* v. *Maki*, *supra*, note 75, p. 335, montre jusqu'où les tribunaux peuvent aller pour accepter ce moyen de défense dans le cas d'une partie de hockey. Selon cette règle, on peut invoquer la légitime défense lorsque les moyens utilisés pour se défendre ne sont pas disproportionnés par rapport à la gravité de l'agression. Bien que le prévenu eût mal apprécié la force nécessaire à la prévention de l'attaque et eût infligé des blessures graves, l'acquittement a été prononcé. Il semble que les duels à coups de bâton soient légaux, bien que d'autres formes de duel ne le soient pas. Il faut en conclure que dans le contexte d'une partie de hockey, il n'y a pratiquement pas de limite à la force que l'on peut employer pour contrer la force.

79. *Sports Violence Act*, 1980, H.R. 7903, 96e Cong., 2e sess., 96e Cong. Rec. 6946 (1980). Voir également *Sport Violence Act*, 1981, H.R. 2263, 97e Cong., 1re sess., 127e Cong. Rec. H760 (1981).

force dans le cadre d'activités sportives professionnelles — nous estimons pour notre part que la solution à ce problème social qu'est la violence dans les sports ne réside pas dans la modification des dispositions actuelles de notre *Code* relatives aux voies de fait. La solution résiderait plutôt dans une vigilance accrue de la part de la police et des représentants du ministère public et dans l'application plus rigoureuse du droit existant. Par ailleurs, les tribunaux devraient faire preuve de moins de clémence à l'égard des voies de fait en matière sportive.

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, la règle énoncée au paragraphe 245.1(2) du *Code criminel* pose certaines difficultés en ce sens qu'elle ne définit pas clairement la mesure dans laquelle une victime peut consentir à des lésions corporelles. À cet égard, on trouve le commentaire suivant dans le rapport Néron sur la violence au hockey[80] :

> Il est évident que le consentement à subir de la violence doit avoir des limites. D'ailleurs, le Code criminel pose clairement cette limite lorsqu'il stipule à l'article 14 que nul ne peut consentir à ce qu'on lui inflige la mort. Toutefois, pour des actes causant des blessures qui n'entraînent pas la mort, la question du consentement continue de soulever des difficultés puisque l'article 244 [cet article a été modifié et l'on y a ajouté, au paragraphe 245.1(2), une définition de l'expression «lésions corporelles»] du même Code permet à une personne de consentir à ce que l'on fasse usage intentionnel de force ou de violence contre sa personne. Aucune limite n'est fixée dans cet article quant au degré de violence qui peut être utilisé et quant à la gravité des blessures qui peuvent en résulter ... L'état actuel du droit sur cette question du consentement ne facilite en rien, il faut l'admettre, la tâche des policiers et des tribunaux dans la répression de la violence sportive[81].

En matière sportive, le droit pénal peut servir de recours ultime, d'autorité suprême. Cependant, le recours occasionnel aux instances criminelles ne saurait régler les problèmes beaucoup plus vastes que pose la violence dans ce domaine. La solution réside dans un dosage intelligent de mesures sociales et éducatives auxquelles prendraient part les gouvernements, les ligues et associations, les parents, les arbitres sportifs et la presse. À ce sujet, nous souscrivons aux commentaires de G. Létourneau et de A. Manganas :

> Il est évident que pour enrayer la violence du domaine sportif il faut avoir recours à un ensemble de moyens comme l'éducation du public ou des responsables du monde sportif, l'intervention de l'État ou autres moyens sociaux. Tous ces facteurs cependant agissent à long terme et sont parfois au stade expérimental. Le grand avantage du droit criminel réside dans le fait qu'il peut agir à court terme sinon pour régler, du moins pour arrêter la progression marquée du phénomène «violence»[82].

Le droit pénal a donc un rôle limité dans les activités sportives. Pourtant, dans le cas de certaines ligues professionnelles, il peut s'agir du seul recours possible. Le cas échéant, peut-être serait-il opportun que le joueur ne soit pas le seul poursuivi. En effet,

---

80. Gilles E. Néron, *Rapport final du Comité d'étude sur la violence au hockey amateur au Québec* (rapport Néron), Québec, Gouvernement du Québec, Haut-Commissariat à la jeunesse, aux loisirs et aux sports, 1977.

81. *Ibid.*, p. 129-130.

82. G. Létourneau et A. Manganas, «La tolérance des droits pénal et sportif, source de violence dans les sports» (1976), 17 *C. de D.* 741, p. 775.

il y aurait peut-être lieu de mettre en cause les entraîneurs, les gérants, les propriétaires d'équipes et les directeurs de ligues qui encouragent indirectement ces spectacles de brutalité.

C. La violence au sein de la famille et le châtiment corporel infligé aux enfants

(1) La violence au sein de la famille

La violence au sein de la famille représente sans aucun doute un grave problème social, auquel le Canada n'échappe pas davantage que la plupart des pays comparables. À l'instar de la plupart des nations occidentales, nous avons notre part de femmes battues, de maris battus et d'enfants maltraités. Au sujet des femmes battues, le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme[83] a révélé que parmi toutes les femmes mariées ou vivant en union de fait, une sur dix est battue par l'homme avec lequel elle vit; en 1978, plus de 500 000 femmes canadiennes ont subi ce type de brutalité et elles n'appartenaient pas toutes, tant s'en faut, aux classes pauvres ou moins éduquées. Quant aux mauvais traitements infligés aux enfants, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social[84] estime, sur la foi de rapports, qu'en 1978, au moins 213 535 enfants canadiens avaient besoin d'être protégés ou risquaient d'avoir besoin de l'être, et que le nombre d'enfants ayant réellement subi des mauvais traitements s'élevait à 5 789 en 1977 et à 7 329 en 1978.

La violence au sein de la famille représente également un problème juridique. D'une part, les règles relatives aux voies de fait et aux infractions connexes interdisent toute forme de violence — abstraction faite de la nécessité et de l'article 43 du *Code criminel*, il n'y a pas exception du simple fait que la violence se produise au sein de la famille —

---

83. Linda MacLeod, *La femme battue au Canada : un cercle vicieux*, préparé pour le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 19-22; Michael D. Freeman, «The Phenomenon of Marital Violence and the Legal and Social Response in England», dans J. M. Eekelaar (éd.), *Family Violence, An International and Interdisciplinary Study*, Toronto, Butterworths, 1978. Au sujet de la situation en Angleterre, Freeman écrit à la page 74 : [TRADUCTION] «Le député Ashley, champion de la cause des femmes battues, avance le chiffre de 20 000 à 50 000 femmes par année».

84. Corinne Robertshaw, *La protection de l'enfance au Canada*, préparé pour la Direction générale des services sociaux, Ministère de la Santé et du Bien-être social (1981), p. 27-32; Ontario Ministry of Community and Social Services, *Child Abuse Prevention*, Bulletin d'information (1983), p. 8 : [TRADUCTION] «Selon des estimations prudentes, de 2 000 à 3 000 enfants sont victimes de violence grave en Ontario chaque année».

Aux États-Unis, les violences faites aux enfants constituent la cause la plus importante de décès parmi eux, selon Hyman et Shreiber, «Selected Concepts and Practices of Child Advocacy in School Psychology», (1975), 2:1 *Psychology in the Schools*, 50-58.

et théoriquement, les infractions figurant au *Code* permettent de faire face à ce problème d'une manière adéquate. Pourtant, la grande majorité des mauvais traitements infligés aux femmes, aux maris et aux enfants demeurent impunis par la loi : il s'agit malheureusement d'un cas où la pratique s'écarte de la théorie.

Cependant, cet écart n'est aucunement lié à la définition des infractions. Si la violence au sein des familles demeure impunie, cela ne tient pas aux définitions, mais bien à des problèmes de décèlement, de preuve et d'attitude générale.

Voyons en premier lieu la difficulté de déceler de tels cas[85]. Ordinairement, la violence au sein de la famille n'éclate pas en public, mais plutôt d'une manière secrète, derrière des portes closes. Les seuls témoins sont souvent les victimes elles-mêmes : voilà des témoins qui se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable. Par exemple, on peut difficilement imaginer une victime plus impuissante, isolée et vulnérable que la femme battue par son mari. Comme elle dépend généralement de son mari sur les plans émotif et financier, elle se trouve ainsi prisonnière d'une relation dangereuse et aliénante. Elle craint pour sa propre sécurité et pour celle de ses enfants et elle a généralement honte des traitements auxquels elle est soumise. Elle ne sait comment se soustraire à une telle situation et craint les représailles si elle demande de l'aide.

Vient ensuite la question de la preuve[86]. Dans ces cas, comme dans la plupart des affaires criminelles, la charge de la preuve repose à juste titre sur le poursuivant. Mais contrairement à ce qui se passe dans la plupart des autres cas, il peut être particulièrement difficile de s'acquitter de la charge de la preuve dans une telle affaire. Le témoin principal (la femme ou l'enfant) peut très bien retirer la plainte, refuser de témoigner ou se révéler d'une autre façon être un témoin insatisfaisant. Par exemple, il se peut que la femme n'ait pas véritablement intérêt à faire condamner son agresseur, qu'elle préfère abandonner l'affaire plutôt que d'aggraver une situation conjugale difficile ou même qu'elle décide de perpétuer une relation insatisfaisante au lieu de choisir une nouvelle vie.

La situation actuelle tient enfin à une question d'attitude[87]. Le législateur et les personnes chargées de l'application de la loi ont toujours hésité à intervenir dans le

---

85. MacLeod, *supra*, note 83; Debra J. Lewis, *Le problème des femmes battues — Mémoire et propositions au gouvernement fédéral*, préparé pour le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, janvier 1982.

86. MacLeod, *supra*, note 83, p. 43.

87. MacLeod, *supra*, note 83; Freeman, *supra*, note 83; Lewis, *supra*, note 85; Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, *Les femmes battues*, Rapport sur la violence au sein de la famille, (première session de la trente-deuxième législature, 1980-81-82), p. 13. Selon Scutt, «In Support of Domestic Violence: The Legal Basis», (1980) 3 *Family Law Review* 23, p. 23, [TRADUCTION] «[l']analyse des lois visant les crimes au sein de la famille démontre clairement qu'elles ne visent pas à mettre fin à la violence au sein de la famille, mais plutôt à préserver l'unité de celle-ci». Pour Scutt, la famille nucléaire est une institution sexiste, appuyée par des lois sexistes et favorisant la violence au sein de la famille. Selon Robertshaw, *supra*, note 84, p. 11-21, les lois de toutes les provinces (ainsi que celles du Yukon) concernant la protection de l'enfance renferment des dispositions selon lesquelles quiconque constate qu'un enfant semble avoir besoin de protection, doit le signaler aux autorités compétentes. On ne trouve aucune disposition de ce genre dans la législation des Territoires du Nord-Ouest. La majorité de ces lois disposent que le fait de s'abstenir de signaler une telle situation constitue une infraction. Les lois de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse, de l'Ontario et du Québec renferment des

domaine de la violence au sein de la famille. Cette réticence provient non seulement des difficultés de décèlement et de preuve, mais également du fait que notre droit forme le support idéologique d'un ordre social à caractère patriarcal consacrant la suprématie des hommes et assignant à la femme un rôle de soumission patiente et de dépendance financière.

De toute évidence, la solution à la violence au sein de la famille ne réside pas dans une nouvelle définition des infractions existantes, mais bien dans une transformation des attitudes en matière d'application de la loi. Ainsi, il pourrait s'avérer nécessaire d'innover sur le plan de la formation des policiers. Il conviendrait également d'instaurer des services de traitement et de conseils pour aider les couples à maîtriser les tensions inhérentes à la vie familiale. À court terme, les victimes ont besoin de refuges, d'endroits où elles peuvent se sentir en sécurité, et, à long terme, d'un emploi et d'un revenu stable. Par ailleurs, il est essentiel d'éduquer le public afin que de telles agressions cessent d'être considérées comme différentes des voies de fait ordinaires et moins condamnables que la violence habituelle. Enfin, les risques particuliers auxquels sont exposés les femmes (parfois aussi les maris) et les enfants justifient peut-être la reconnaissance d'une circonstance aggravante dans ce contexte, et aussi l'institution d'une nouvelle infraction consistant dans le fait d'omettre de signaler les cas de violence dont on est témoin.

(2) Le châtiment corporel infligé aux enfants[88]

En principe, le droit interdit tout recours à la force. Cette interdiction se manifeste au premier chef dans le droit pénal, en vertu duquel l'emploi de la force constitue une infraction susceptible d'être punie. On peut également en voir la marque, plus indirec-

---

dispositions obligeant l'établissement d'un registre à l'égard de certains renseignements touchant les rapports reçus au sujet de violences faites aux enfants. Selon un règlement pris en vertu de la loi manitobaine concernant la protection de l'enfance, le directeur de la protection de l'enfance a l'obligation de tenir un registre des cas de violence faite aux enfants. En Colombie-Britannique, en Saskatchewan et à Terre-Neuve, la tenue de tels registres est une procédure administrative, et n'est pas imposée par la loi. Robertshaw préconise l'institution de registres centraux des cas d'enfants maltraités, étant donné que les familles peuvent se déplacer d'une région à l'autre dans une province: la compilation des statistiques et les recherches s'en trouveraient également facilitées. Voir aussi le juge Thomson, «Confidentiality and the Compulsory Reporting of Child Abuse» (1981), 2 *Health Law in Canada* 15.

En ce qui concerne les femmes battues, il n'est pas obligatoire de signaler les cas suspects. Lewis, *supra*, note 85, déclare à la page 13 :

> Et s'il arrive que l'agression ne soit que la dernière d'une longue série d'actes de violence, les policiers sont rarement au courant des incidents précédents susceptibles de les inciter à sévir de façon plus sérieuse. En effet, les postes de police ne conservent pas dans leurs archives de copies d'injonctions, d'ordonnances de séparation de corps ou d'actes d'accusation antérieurs émanant de tribunaux de la famille.

Lewis recommande que les hôpitaux soient tenus de signaler tous les cas d'agressions commises sur des femmes dont ils ont connaissance (page 17).

88. D. C. Préfontaine et D. Solberg, Ministère de la Justice, *Memorandum Concerning Section 43 of the Criminal Code, R.S.C. 1970, Chapter C-34*; ce document constitue un excellent résumé des règles relatives aux châtiments corporels infligés aux enfants. Nous tenons à souligner que ce mémoire nous a fourni une bonne partie des données sur lesquelles le présent document s'appuie.

tement, en droit civil : le recours à la force est considéré comme un délit dont la victime peut obtenir réparation.

Le droit a cependant toujours reconnu l'existence d'exceptions à ce principe. L'emploi raisonnable de la force est en effet autorisé, traditionnellement, dans quatre cas[89]. Ainsi, l'on peut recourir à la force lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt de la justice; par exemple, on peut saisir par la force celui qui refuse de se soumettre à une arrestation légale. La légitime défense constitue une autre exception : celui qui fait l'objet d'une agression illégale est en droit de recourir à la force pour se protéger. Par ailleurs, on peut employer la force pour la protection légitime de ses biens : on peut par exemple faire usage de la force dans une mesure raisonnable pour résister à ceux qui violent son droit de propriété. Et jusqu'à un certain point, la force peut également être employée dans certains cas de nécessité; on peut ainsi résister à un agresseur privé de sa lucidité ou n'ayant pas atteint la majorité pénale et cela, bien qu'à proprement parler, il ne puisse s'agir de légitime défense puisqu'il n'y a pas eu voies de fait.

À cette liste, il convient d'ajouter un autre cas : celui du châtiment corporel. Autrefois, il pouvait légalement être infligé par les autorités publiques et privées. Dans le premier cas, étaient susceptibles d'être ainsi punies, en vertu d'une ordonnance du tribunal, les personnes trouvées coupables d'une infraction. En outre, les fonctionnaires des prisons pouvaient infliger des châtiments corporels aux détenus récalcitrants, et les soldats, de même que les marins, étaient passibles du même sort par l'application de la discipline militaire. En ce qui concerne les autorités privées, le châtiment corporel pouvait légalement être infligé aux apprentis par leur maître, aux préposés par leur employeur et aux enfants par leurs parents, professeurs et tuteurs.

De nos jours, toutefois, le châtiment corporel ne peut plus être infligé qu'à deux catégories de personnes : les enfants, et les personnes se trouvant à bord d'un navire. L'article 43 du *Code criminel* consacre la règle de common law relative au droit de correction des enfants[90], tandis que par ailleurs l'article 44 autorise le capitaine d'un navire à recourir à la force légitime en vue de maintenir la discipline à bord[91].

---

89. Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale — responsabilité et moyens de défense* [Document de travail n° 29], Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1982, p. 106-132.

90. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, article 43. Au sujet de cette disposition, on trouve dans J. C. Martin, *Martin's Criminal Code (1955)*, Toronto, Cartwright, 1955, la remarque suivante : [TRADUCTION] «Il s'agit de l'ancien article 63, sans mention toutefois des maîtres et apprentis. Cette disposition se trouvait à l'article 55 du Code de 1892 et à l'article 66 du E.D.C. [*English Draft Code* de 1878]». Pour plus de détails concernant le châtiment corporel infligé aux enfants, voir l'annexe du présent document de travail (p. 63).

91. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, article 44 : «Le capitaine, patron ou commandant d'un navire en voyage est fondé à employer la force dans la mesure que, sur des motifs raisonnables et probables, il croit nécessaire pour maintenir le bon ordre et la discipline à bord du navire».

Au sujet de l'article 44, on trouve dans J. C. Martin, *supra*, note 90, le commentaire suivant : [TRADUCTION] «Il s'agit de l'ancien article 64. Cette disposition correspond à l'article 56 du Code de 1892 et l'article 66 du E.D.C. [*English Draft Code* de 1878]». Voir l'annexe pour le commentaire de Sir James Fitzjames Stephen.

[TRADUCTION] «On peut considérer que l'ancien droit de châtier les servants, les apprentis, les marins qui se mutinent, etc., est tombé en désuétude» : *Halsbury's Laws of England*, t. 11, 4e édition par Lord Hailsham of St. Marylebone, Londres, Butterworths, 1976, p. 647.

Selon nous, rien ne justifie plus l'existence des dispositions de l'article 44. Du reste, il n'existe dans le *Code* aucune disposition de même nature s'appliquant aux trains, aux avions ou à d'autres moyens de transport[92]. La doctrine de la nécessité est parfaitement adéquate en ce qui a trait aux actes visant à maintenir la sécurité sur un navire et cette disposition est par conséquent superflue. Du reste, sur le plan du maintien de la discipline, par la flagellation par exemple, elle est anachronique et devrait être abrogée.

Le problème soulevé par l'article 43 du *Code criminel* est beaucoup plus délicat. En voici le texte :

> Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances[93].

Mais faut-il continuer à faire une distinction dans le cas des enfants et à permettre aux parents, instituteurs ou autres personnes de recourir à la force[94] contre eux? Des actes

---

Bien que cette règle soit toujours en vigueur au Canada, on ne trouve apparemment aucune décision canadienne relative à l'article 44. D'anciennes décisions des tribunaux civils anglais portant sur le châtiment corporel infligé pour mauvaise conduite à bord d'un navire pourraient avoir une incidence sur des poursuites intentées en vertu de l'article 44 du *Code* canadien. Dans l'affaire *The «Agincourt»* (1824), 166 E.R. 96, Lord Stowell déclarait à la page 97 :

> [TRADUCTION]
> [Dans] les cas d'inconduite grave, le capitaine d'un navire marchand est en droit d'infliger un châtiment corporel au marin délinquant ... la punition doit être infligée avec la modération requise ... dans tous les cas où le temps permet de faire enquête, une enquête convenable devrait précéder le châtiment; et la personne en cause devrait bénéficier, selon les règles de justice naturelle, du droit d'être entendue pour sa propre défense.

Dans *The «Lowther Castle»* (1825), 166 E.R. 137, Lord Stowell déclare à la page 137 ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Il ne me semble exister aucune incertitude juridique au sujet du caractère illégal des châtiments corporels infligés à des marins coupables d'actes répréhensibles, lorsque le châtiment est proportionnel à l'infraction commise, qu'il est infligé par une personne autorisée à ce faire et avec la modération requise.

Voir également *Lamb* v. *Burnett* (1831), 148 E.R. 1430 (Exch. of Pleas). Dans *Hook* v. *Cunard Steamship Co., Ltd.*, [1953] 1 All E.R. 1021, le tribunal a alloué des dommages-intérêts pour séquestration à un marin que le capitaine avait arrêté et enfermé sans motifs raisonnables de croire ou sans croire que cette arrestation et cette séquestration étaient nécessaires au maintien de l'ordre et de la discipline ou à la sécurité du navire, des personnes ou des biens se trouvant à bord.

92. Aucune autre loi fédérale ne confère un pouvoir disciplinaire comparable au «commandant» d'un train, d'un aéronef ou d'un véhicule automobile.

93. Préfontaine et Solberg, *supra*, note 88. Voir également l'annexe du présent document de travail.

94. Le domaine d'application de ce moyen de défense ne se limite pas aux cas de voies de fait, mais s'étend également à la responsabilité civile délictuelle pour séquestration et aux cas d'homicides.

Séquestration : la détention illégale d'un enfant après l'école peut constituer le délit civil de séquestration.

Selon H. Street, *The Law of Torts*, 4e édition, Londres, Butterworth, 1968, seul un manquement très grave à la discipline pourrait justifier la détention ou la séquestration d'un écolier. Dans l'affaire *Fitzgerald* v. *Northcote* (1865), 4 F. & F. 656, un étudiant avait été enfermé dans sa chambre pendant environ deux heures, jusqu'à ce qu'on ait pu organiser son départ de l'école; son expulsion avait été ordonnée pour cause de conspiration contre d'autres étudiants. Comme rien ne justifiait l'expulsion, on a jugé que le directeur de l'école était responsable de séquestration.

Homicide : Sur la question de l'homicide, J. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, Londres, MacMillan, 1877, déclare à la page 131 : [TRADUCTION] «Ne constitue pas un crime, le fait de causer la mort ou des lésions corporelles» d'une manière accidentelle, par un acte qui n'est pas illégal». Il donne l'exemple

qui constitueraient des voies de fait s'ils étaient infligés à toute autre personne, devraient-ils continuer à ne pas engager la responsabilité pénale de leur auteur s'ils sont infligés à des enfants? Au contraire, le législateur ne devrait-il pas en arriver à la seule conclusion logique : l'interdiction absolue des châtiments corporels, non seulement à l'égard des prisonniers, apprentis, et ainsi de suite, mais aussi à l'égard des enfants?

Les enfants, faut-il le dire, forment une catégorie très particulière de personnes. D'une part, le droit les considère manifestement comme des personnes à part entière, des sujets de droits et d'obligations. Mais en revanche, ils ne sont pas encore parvenus à une autonomie totale : ils ne peuvent choisir leur nom, leur école, leur lieu de résidence, etc., restant soumis à l'autorité de leurs parents dans tous les domaines jusqu'à la majorité. Sur cette question, on semble encore loin du consensus, à en juger par la diversité des opinions exprimées par les groupements intéressés et les spécialistes consultés.

Aussi les parents sont-ils, en droit, les détenteurs principaux de l'autorité sur leurs enfants. Ils ont le droit de décider comment leur enfant sera élevé, instruit, et ainsi de suite. À ce titre, ils ont la responsabilité, et partant le pouvoir, de maintenir la discipline[95].

On pourrait donc en déduire que les parents doivent disposer du droit de recourir à la force, en dernier ressort, contre leurs enfants. Dans toute société, il faut l'admettre, l'État doit manifestement être investi du droit d'employer la force comme sanction ultime en vue de l'application de ses lois. On pourrait de la même façon penser que dans toute famille, les parents devraient avoir selon la loi le pouvoir semblable d'asseoir leur autorité, et devraient également avoir le droit d'autoriser les professeurs et autres personnes à recourir à la force comme moyen de correction légitime.

Mais pour étudier la question à fond, il faut au départ constater l'existence d'au moins trois cas différents dans lesquels les parents ou d'autres personnes sont susceptibles

---

suivant, tiré de 1 *Hale*, P.C. 473 : [TRADUCTION] «Un instituteur inflige une correction à un écolier d'une manière qui ne vise pas à blesser ce dernier et n'est pas susceptible d'avoir cette conséquence, en prenant les précautions requises. L'écolier meurt. Il s'agit alors d'une mort accidentelle».

Dans *Halsbury's Laws of England*, t. 11, 4e édition par Lord Hailsham of St. Marylebone, Londres, Butterworths, 1976, p. 624 et 625, il est dit ceci :

> [TRADUCTION]
> Lorsqu'une personne, en infligeant une correction légitime, tue sans en avoir l'intention la personne châtiée, il ne s'agit pas d'un homicide involontaire (*manslaughter*). La mort doit être considérée comme accidentelle si, étant donné les circonstances, la correction a été infligée modérément et avec un instrument approprié qui n'est pas de nature à causer la mort ou des blessures graves. En revanche, si la correction dépasse les limites de ce qui est approprié et raisonnable dans les circonstances et que la mort s'ensuive, il s'agit à tout le moins d'un homicide involontaire (*manslaughter*).

Dans l'affaire *R.* v. *Hopley* (1860), 2 F. & F. 202, un instituteur a été déclaré coupable d'homicide involontaire pour la mort d'un enfant qui avait été battu pendant deux heures et demie avec un gros bâton garni de laiton. Voir également *R.* v. *Pennington*, [1958] Crim. L.R. 690. Dans cette affaire, un enfant de deux ans et onze mois était mort d'une hémorragie cérébrale après que le concubin de la mère de l'enfant eut cogné la tête de ce dernier contre un mur. La *Court of Criminal Appeal* (R.-U.) a jugé que les coups excédaient la juste mesure et étaient par conséquent illégaux. Elle a substitué un verdict d'homicide involontaire au verdict de meurtre posé par le jury.

95 La Cour suprême du Canada a reconnu dans l'arrêt *Ogg-Moss* c. *La Reine*, rendu le 17 septembre 1984 (non publié) que les parents sont fondés à infliger des corrections raisonnables. Voir la décision du juge en chef Dickson, au nom de la Cour, p. 24.

de recourir à la force contre des enfants. En premier lieu, il y a certaines situations d'urgence où l'on emploie la force, habituellement à l'égard de très jeunes enfants, pour leur protection immédiate, pour la protection d'autres personnes ou la protection de biens. Ainsi, il faut parfois empêcher physiquement un jeune enfant qui s'amuse avec des allumettes de se blesser lui-même, de blesser d'autres personnes ou de mettre le feu à la maison. En deuxième lieu, il y a le cas où un parent, un professeur ou un tuteur recourt à la violence dans un moment d'emportement (parfois très compréhensible) : par exemple, une mère fatiguée, dérangée par des enfants turbulents, perd son sang-froid et se laisse aller à les frapper. En troisième lieu viennent les cas où l'on recourt à la force pour punir un enfant. Il en est ainsi du professeur qui, souvent un certain temps après la faute et avec un certain cérémonial, bat un enfant.

De toute évidence, l'emploi raisonnable de la force est justifiable dans le premier cas, à savoir les situations d'urgence. Le bon sens veut sans aucun doute que l'on puisse faire un emploi raisonnable de la force pour empêcher que l'enfant ou d'autres personnes subissent un préjudice encore plus grave. En outre, l'emploi raisonnable de la force est aussi permis par le common law en vertu de la doctrine de la nécessité, même si l'article 43, visant le châtiment au sens strict, ne peut manifestement s'appliquer dans de tels cas. Présente dans le droit canadien actuel en vertu de l'article 7 du *Code criminel*, la doctrine de la nécessité a été formulée de façon explicite à l'article 12 des dispositions proposées dans le document de travail n° 29 sur la partie générale[96]. Donc, en droit — tant d'après le droit actuel qu'en vertu des règles proposées — l'emploi de la force est autorisé dans toutes ces situations d'urgence et aucun problème ne se pose à cet égard. Il est cependant moins certain que la doctrine de la nécessité soit également applicable dans les cas où l'on emploie la force, dans une mesure raisonnable et en dernier ressort, pour se faire obéir, par exemple en obligeant par la force un enfant désobéissant à aller se coucher lorsqu'on le lui demande.

D'une manière tout aussi évidente, l'emploi de la force n'est guère défendable dans les situations de la deuxième catégorie, c'est-à-dire lorsqu'il résulte d'un moment d'emportement. Car d'une part, si l'on peut comprendre le parent, le professeur ou le gardien qui perd son sang-froid, sous l'effet de la fatigue, l'emploi de la force dans de tels cas n'en demeure pas moins inutile par définition : il ne s'agit pas d'une situation d'urgence. De telles situations échappent donc à la doctrine de la nécessité. D'autre part, les cas de ce genre ne devraient pas être visés non plus par l'article 43 du *Code criminel*, dans la mesure où il ne s'agit pas, à strictement parler, d'un châtiment ou d'une correction. Au mieux, on pourrait leur appliquer les règles prévues en matière de provocation. La provocation ne constitue cependant pas un moyen de défense permettant d'écarter la responsabilité, mais simplement une circonstance susceptible d'entraîner l'atténuation de la sentence[97]. Selon nous, les personnes qui, par suite d'une provocation, commettent

96. Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 89, p. 146.

97. Dans l'arrêt *Evans* v. *Bradburn* (1915), 9 W.W.R. 281 (C.A. Alb.), le juge Beck a déclaré :

> [TRADUCTION]
> [S]auf l'agression ou les menaces pouvant autoriser la légitime défense, aucune provocation ne justifie en droit la commission de voies de fait, sans doute à juste titre. La provocation peut uniquement réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable, contribuer à l'atténuation de la peine dans les cas de voies de fait criminelles et réduire le montant des dommages dans les affaires civiles.

des voies de fait ne devraient pas se trouver dans une situation plus favorable simplement parce que des enfants sont en cause. En pratique, bien sûr, la plupart de ces cas sont trop anodins pour faire l'objet de poursuites. Mais en principe, la loi ne devrait pas sanctionner l'emploi de la force contre des enfants dans un moment d'emportement.

La position à adopter est moins claire dans le troisième cas, savoir celui du châtiment corporel. Il s'agit là, il faut bien l'avouer, d'une question controversée, susceptible d'avoir une incidence sur le bien-être des enfants, sur les méthodes d'éducation des enfants au foyer et sur le maintien de la discipline à l'école. Elle concerne donc directement les domaines des droits civils, du droit de la famille et de l'éducation, lesquels relèvent de la compétence législative des provinces. Aussi, toute modification apportée au *Code criminel* sur cette question pourrait-elle modifier sensiblement les pouvoirs et les pratiques existants dans ce domaine.

Les détracteurs de la discipline corporelle attaquent les dispositions de l'article 43 sous plusieurs rapports. Selon eux, ces dispositions sanctionnent à tort la violence comme mode de contrôle social, elles sont le reflet archaïque de droits parentaux datant d'une époque où les domestiques, les apprentis, les prisonniers et autres pouvaient légalement être battus, elles contribuent au problème très grave des mauvais traitements infligés aux enfants, et elles masquent l'esprit fondamental du droit, suivant lequel la violence doit être réprimée. On prétend en effet que la violence au sein du foyer engendre la violence dans la société : l'enfant battu est susceptible de battre un jour ses propres enfants. Pour ce qui est de la discipline corporelle dans les écoles, laquelle a été abolie dans la plupart des pays d'Europe[98] et est rarement utilisée de nos jours au Canada[99], on considère qu'il

---

La règle concernant le meurtre réduit à un homicide involontaire coupable par la provocation a été codifiée à l'article 215 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

98. I. Hyman, «Corporal Punishment in the Schools : America's Officially Sanctioned Brand of Child Abuse» (1980), 6 *Caring* 2, p. 6:

[TRADUCTION]

Le châtiment corporel a notamment été aboli dans les pays suivants : la Pologne, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Autriche, la France, la Finlande, la Suède, le Danemark, la Belgique, Chypre, le Japon, l'Équateur, l'Islande, l'Italie, la Jordanie, le Qatar, l'île Maurice, la Norvège, Israël, les Philippines, le Portugal et l'ensemble des pays du bloc communiste.

Le Royaume-Uni est à l'heure actuelle le seul pays d'Europe où le châtiment corporel dans les écoles demeure autorisé. [Pogany, «Education: The Rights of Children and Parents under the European Convention on Human Rights» (1982), 132 *New Law Journal* 344]. Dans l'arrêt *Campbell & Cosans* rendu le 29 janvier 1982, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré le fait que le gouvernement du Royaume-Uni avait adopté une politique visant à l'abolition du châtiment corporel à titre de mesure disciplinaire dans les écoles par l'accord de toutes les parties intéressées, plutôt que par une disposition législative. Malgré cela, la Cour a jugé que le refus, par une école, de respecter la volonté des parents requérants, qui avaient demandé que leurs enfants ne soient pas soumis à des châtiments corporels, contrevenait à la deuxième phrase de l'article 2 du protocole n° 1. Voici la teneur de cet article :

Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

La Cour a en outre jugé que la suspension de l'un des étudiants, motivée par le refus de ses parents de le voir soumis à des châtiments corporels, violait la première phrase de l'article 2. Elle a aussi conclu qu'il n'y avait pas eu en l'espèce contravention à l'article 3 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, qui dispose : «Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants». Pogany, *supra* (demande n° 7907/77), déclare que le recours au châtiment corporel dans les écoles peut dans certaines circonstances équivaloir à une violation de l'article 3.

99. *Supra*, notes 88, 90 et 93; voir également l'annexe.

s'agit d'une méthode inefficace, inutile et rétrograde dans la mesure où elle décourage l'autodiscipline et peut éventuellement entrer en conflit avec la position des parents sur la question. Depuis l'avènement de l'instruction obligatoire, on ne peut plus considérer les instituteurs comme des fondés de pouvoir des parents.

En revanche, ceux qui sont en faveur de la discipline corporelle opposent aux premiers plusieurs arguments. Selon eux, une bonne fessée administrée par les parents demeure un mode de discipline reconnu et accepté. L'abolition de ce droit constituerait une immixtion injustifiée dans la vie privée des familles. Pour ce qui est des punitions corporelles infligées par les professeurs, on soutient qu'il s'agit d'une mesure disciplinaire à laquelle les instituteurs doivent être autorisés à recourir en dernier ressort, que les commissions scolaires canadiennes seraient bien avisées de ne pas les interdire, et qu'il s'agit d'une méthode traditionnelle et pratique.

À notre avis, la question fondamentale est celle de savoir si le châtiment corporel répond à une nécessité véritable. De toute évidence, il est répréhensible de recourir inutilement à la force et le droit ne peut sanctionner un pareil abus. C'est là le message fondamental de ce chapitre du droit pénal portant sur les crimes de violence. En revanche, il est tout aussi évident que l'emploi de la force, dans une certaine mesure, est parfois défendable, comme nous l'avons souligné auparavant, en vertu de la doctrine de la nécessité. Mais dans quelle mesure le châtiment corporel peut-il être défendu au regard de ce principe?

Il conviendrait à ce sujet de revenir à la distinction établie ci-dessus. D'une part, seul l'emploi de la force physique peut, dans certains cas, permettre de venir à bout d'un enfant; ainsi, ce peut être le seul moyen de maintenir l'ordre dans la classe ou d'empêcher l'enfant d'abîmer les meubles. Mais de telles situations sont totalement étrangères à la notion de châtiment ou à l'article 43, et l'abrogation de cette disposition n'aurait aucune incidence à cet égard. Il s'agit en fait de situations d'urgence où l'emploi de la force s'impose, peut être justifié par le bon sens et n'a manifestement jamais suscité de difficulté. D'autre part, lorsque l'on recourt à la violence physique sans qu'il y ait urgence, après le fait, et simplement à titre de châtiment, l'emploi de la force devient moins défendable. Car premièrement, vu l'absence de tout caractère d'urgence, on ne saurait invoquer la doctrine générale de la nécessité. Et deuxièmement, le châtiment corporel ne fait plus l'unanimité en tant qu'instrument indispensable d'éducation ou comme méthode optimale pour contenir un enfant dissipé.

Aussi estimons-nous que le droit pénal doit refléter une prise de position sans équivoque contre la violence. Au lieu d'interdire d'une manière générale l'emploi de la violence pour ensuite l'autoriser dans le cas des punitions infligées aux enfants, le droit devrait énoncer clairement, sans ambages, que toute violence inutile est illégitime. Quant aux situations d'urgence, que ce soit à la maison ou à l'école, les règles relatives à la nécessité peuvent s'y appliquer. L'emploi de la force devrait être exclu dans tous les autres cas. Il convient donc d'abroger la règle figurant à l'article 43 du *Code criminel*.

Quel serait l'effet pratique de cette abrogation? Risque-t-elle de miner la discipline à l'école, de saper l'autorité des professeurs sur leurs élèves? Les parents et les familles

ne seraient-ils pas exposés alors à des contrôles abusifs, à des atteintes à l'intimité de leur vie privée? Et, pour reprendre le langage de la Charte, si chacun a le droit de ne pas être exposé à la violence, dans quelle mesure la limitation de ce droit peut-elle être considérée comme justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique?

En ce qui concerne les professeurs, il est relativement facile à notre avis de répondre à ces questions. En premier lieu, une disposition qui, à l'instar de l'article 43, vise les écoles et les professeurs a pour effet pratique, comme nous l'avons déjà souligné, d'institutionnaliser le recours à la force. En deuxième lieu, l'emploi de la force n'est jamais indispensable, sauf dans les cas de nécessité (où l'on y recourt en vue d'empêcher qu'un préjudice soit infligé, et non à titre de punition) : la véritable sanction ultime ne réside pas dans le châtiment corporel, mais bien dans l'expulsion de l'enfant, par la force si c'est nécessaire; mais alors la force n'est pas employée comme châtiment. En troisième lieu, l'abolition du châtiment corporel à l'école dans la plupart des pays européens montre bien que dans ces sociétés libres et démocratiques, la discipline peut être maintenue par les professeurs sans qu'ils aient recours à de telles pratiques; bref, le châtiment corporel n'y est tenu ni pour nécessaire ni pour justifiable. C'est également le point de vue exprimé par la plupart des personnes que nous avons consultées (à quelques exceptions près). Nous sommes donc d'avis que les dispositions de l'article 43 devraient être abrogées, de façon à ne plus pouvoir être invoquées comme moyen de défense par les professeurs.

Le problème devient plus épineux lorsqu'il s'agit des parents. À l'origine, la Commission croyait que, pour les raisons données ci-dessus, les dispositions de l'article 43 devraient être totalement abrogées et que le châtiment corporel devrait être rendu illégal même pour les parents. Mais à la lumière des consultations faites au sujet d'une version antérieure du présent document de travail, la majorité des commissaires ont changé d'avis, estimant qu'une telle abrogation risquerait par elle-même d'avoir des conséquences malheureuses, pires que celles pouvant découler du maintien de l'article en question. En principe, en effet, sinon dans la pratique, la famille risquerait d'être exposée à la rigueur du droit pénal pour la moindre gifle, la fessée la plus anodine. Est-ce là le type de société dans lequel nous voulons vivre?

À cette objection, les adversaires du châtiment corporel et de sa légitimation par l'article 43 répondent que pareilles craintes ne sont pas fondées. En pratique, plaident-ils, le bon sens prévaudra et aucune poursuite ne sera intentée à l'égard d'actes anodins. Autrement dit, le parent qui donne une petite gifle à son petit enfant serait en principe passible de poursuites, mais dans les faits aucune accusation ne serait portée.

Pour d'autres, cependant (parmi lesquels il faut ranger la majorité des commissaires), le pouvoir discrétionnaire sur l'engagement de poursuites ne constitue pas à lui seul une garantie suffisante. En premier lieu, le principe de la suprématie du droit exige que le législateur dise clairement si, dans de tels cas, le parent commet une infraction, s'il peut invoquer un moyen de défense et s'il est exposé à une intervention de l'État, autorisée par la loi. On ne peut se contenter à cet égard de dispositions qui viennent jeter la confusion, interdisant une chose en principe, mais l'autorisant en pratique. En second lieu, la majorité des commissaires estiment (tout en étant convaincus du bon sens des

poursuivants) qu'en matière de droit pénal et de droits fondamentaux, tel le droit à la vie privée, on ne peut se borner à faire confiance aux autorités chargées de l'application de la loi, mais que l'on doit au contraire se prémunir contre toute éventualité. C'est en cela que consiste, après tout, le règne du droit.

Le dilemme est donc clairement posé. La Commission souhaiterait voir le législateur abroger une disposition légale qui consacre et cautionne l'emploi de la force contre les enfants. Mais selon la majorité, il serait difficile de prendre une telle mesure sans risquer l'intervention du droit pénal dans la vie privée des familles pour la moindre correction. Il n'est pas suffisant de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire des poursuivants. Jusqu'à ce qu'une meilleure solution soit proposée, la majorité des commissaires recommandent donc le maintien d'une exception spéciale concernant les parents (et les personnes agissant avec leur autorisation) qui corrigent leurs enfants d'une manière raisonnable.

Selon le point de vue minoritaire, en revanche, cette exception ne peut être justifiée par les craintes d'intervention abusive de l'État dans la vie de la famille. Le *Code criminel* comporte un message important : il est interdit de recourir à la force pour résoudre les tensions engendrées par les relations humaines, dans la famille ou à l'extérieur de celle-ci. L'intervention de l'État n'est aucunement restreinte dans le cas d'autres voies de fait susceptibles de se produire au sein de la famille (par exemple, la personne qui frappe son conjoint ou lui inflige des douleurs physiques contre sa volonté, ou l'enfant qui agit d'une manière agressive envers son frère). Aucune restriction ne figure non plus dans le *Code* au sujet de l'intervention de l'État à l'égard de conduites qui constituent d'autres infractions criminelles, par exemple le vol, le méfait et l'intimidation. Enfin, la loi n'offre à vrai dire qu'une très légère protection aux parents qui «corrigent» leurs enfants. En pratique, les relations familiales sont normalement caractérisées par la tolérance, pour ce qui concerne les comportements agressifs, tant de la part des victimes que de la part des personnes chargées de réagir d'une manière officielle. Et comme nous l'avons déjà souligné dans ce document de travail, tout porte à croire que la tolérance de la société quant à la violence au sein de la famille est déjà trop grande : il reste douteux, de ce fait, qu'une exception particulière soit nécessaire dans le *Code criminel* pour protéger les familles contre une application abusive des dispositions du droit pénal.

Si tant est que la modération soit de mise dans ce domaine au regard des pouvoirs répressifs de l'État, la minorité des commissaires estiment que cette modération devrait être imposée sur le plan de l'application de la loi, et non inscrite dans le *Code* lui-même. Non seulement l'existence d'une exception aussi particulière contribue à émousser le message du droit pénal, mais elle remet également en question le sens de nos garanties constitutionnelles. Cette ségrégation, qu'elle soit fondée sur l'âge ou sur la situation de dépendance, soulève des questions délicates : jusqu'à quel point l'État peut-il priver les citoyens de la «sécurité de leur personne»? Et ceux qui font l'objet de cette exception peuvent-ils être considérés comme jouissant de «la même protection» que les autres citoyens au regard du droit pénal canadien? En effet, la lettre et l'esprit de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont une certaine incidence sur ce problème et chacun de nous doit se demander ce qu'est une règle de droit «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

En dernière analyse, il s'agit dans une large mesure de décider quel traitement l'on souhaite réserver aux enfants dans notre société. Selon le point de vue minoritaire, le fait de sanctionner exceptionnellement l'emploi de la force à l'endroit de cette catégorie de personnes, fût-ce pour permettre les «corrections raisonnables», équivaut à instituer une norme nationale qui accroît inévitablement le risque des abus auxquels chacun de nous peut être tenté de se livrer. Ce qu'une personne tient pour de la discipline, une autre peut y voir un abus. Cette exception en matière de responsabilité pénale, si limitée soit-elle, s'inscrit dans un système où la responsabilité à l'égard d'une conduite est écartée dès qu'il existe un «doute raisonnable». Son maintien risque donc de perpétuer un climat propice à la violence à l'endroit des enfants et, dans ce domaine, même les mieux intentionnés parmi les partisans de la discipline corporelle risquent de faire des faux pas.

VI.

Conclusions et recommandations

Suivant les règles du droit actuel, les voies de fait embrassent les deux infractions prévues par le common law, soit la menace d'emploi immédiat de la force (*assault*) et l'emploi illégal de la force (*battery*). Il s'agit là d'actes bien différents, le premier consistant à effrayer autrui sans le toucher, l'autre à le toucher sans nécessairement l'effrayer. C'est pourquoi l'emploi du terme «voies de fait» est déroutant.

D'autre part, l'usage des termes anglais *assault* et *battery* ne présenterait pas vraiment d'avantages. Selon bon nombre des personnes que nous avons consultées, ces expressions n'ont pas de véritables équivalents en français et ne correspondent pas non plus à la perception du citoyen moyen, pour qui l'expression «voies de fait» (ou *assault*) désigne l'emploi direct de la force, et jamais les menaces. Ces termes, en outre, ne font pas ressortir la distinction entre le fait de toucher autrui et le fait de lui infliger une douleur physique.

Pour l'instant, nous retenons donc les termes «toucher», «infliger une douleur physique» et «infliger des lésions corporelles» pour désigner les infractions fondamentales. Par ailleurs, l'expression «menace d'emploi de la force» désignerait la forme de voies de fait dont nous recommandons le maintien.

On voit donc que dans ce domaine du droit figurent une grande diversité d'infractions : les voies de fait sans coups ni blessures, les voies de fait constituées par des coups et blessures, le fait d'infliger illégalement des lésions corporelles et enfin, diverses formes de voies de fait avec circonstances aggravantes causant ou non des lésions corporelles.

Selon nous, il serait possible d'améliorer grandement ce domaine du droit pénal en adoptant la structure qui suit. En premier lieu, nous allons considérer la question des voies de fait sans coups ni blessures. Selon les règles actuelles, cette infraction englobe les menaces d'emploi de la force, les tentatives d'emploi de la force et le fait de mendier en portant une arme. Seule nous semble devoir être retenue la première forme de cette infraction, soit la menace d'emploi de la force, qui sanctionne le droit de ne pas être exposé à la crainte ni à la contrainte. Par contre, la tentative d'emploi de la force est, en soi, une infraction inutile puisque la tentative est déjà prévue à titre d'infraction inchoative. Enfin, l'infraction consistant à aborder autrui ou à mendier en portant une

arme devrait selon nous être également abolie. Dans les cas où le fait de mendier en portant une arme comporte une menace d'emploi de la force (ce qui sera jugé d'après la preuve), l'infraction tombera sous le coup des nouvelles dispositions sur les voies de fait. Dans le cas contraire, l'acte n'a pas à être considéré comme une infraction; du moins il ne devrait certainement pas être réputé constituer une menace d'emploi de la force. Il faut en effet éviter les fictions juridiques en droit pénal.

RECOMMANDATION

1. Le *Code criminel* devrait comporter une infraction consistant à faire des menaces d'emploi illégal et immédiat de la force.

Vient ensuite la partie essentielle de cette catégorie d'infractions : les voies de fait au sens de «coups et blessures», le fait d'infliger illégalement des lésions corporelles et les voies de fait commises avec circonstances aggravantes. À cet égard, nous proposons l'établissement de trois degrés d'infraction :

1) toucher autrui,

2) lui causer une douleur physique,

3) lui infliger des lésions corporelles.

L'infraction consistant à toucher autrui viendrait se substituer à l'ancienne infraction de *battery* prévue par le common law, ainsi qu'à l'actuelle infraction de voies de fait définie à l'alinéa 244(1)*a*) du *Code criminel*. Il s'agirait essentiellement d'une infraction *in invitum*, consistant dans le fait de toucher directement ou indirectement une personne, contre la volonté de cette dernière. L'infraction ne pourrait en outre être commise que par une action concrète, bien qu'il soit pratiquement inutile de le préciser dans la définition. Quant à l'élément moral, il devrait être limité, conformément au common law traditionnel et au point de vue adopté par Mewett et Manning[100], à l'intention prenant la forme d'un dessein.

En ce qui concerne le consentement, tout d'abord, il nous semblerait plus logique, pour les raisons données antérieurement dans le présent document de travail, d'obliger le poursuivant à établir que la victime s'est opposée à être touchée, ou qu'étant donné la nature de l'acte en cause, toute personne s'y serait opposée et qu'il est donc permis de présumer, sauf preuve contraire, que la victime s'y serait elle aussi opposée. Par ailleurs, l'existence d'une infraction consistant à toucher autrui constituerait une protection contre les atteintes à la vie privée et à l'intégrité corporelle : il s'agit en fait d'interdire à quiconque de prendre des libertés avec autrui, d'une façon intentionnelle et par une action concrète. C'est pour cette raison que l'infraction ne devrait viser ni les omissions, ni l'insouciance, ni la négligence[101].

---

100. Mewett et Manning, *supra*, note 10.

101. *Les infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 1, p. 60, recommandation n° 7, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984.

On peut cependant se demander si l'infraction proposée ne protégerait pas exagérément le droit à l'intégrité corporelle. Ainsi définie, ne viserait-elle pas de nombreux touchers qui, malgré l'opposition de la victime, ont un caractère purement anodin? N'irait-on pas ainsi élargir indûment le champ d'application du droit pénal? Cette infraction ne contredirait-elle pas le principe suivant lequel il y a lieu de faire preuve de modération lorsqu'il s'agit de recourir au droit pénal?

Dût-on donner une réponse affirmative à ces questions, il convient de rappeler que de ce point de vue, les infractions proposées ne seraient pas différentes des règles actuelles. Si, en effet, les voies de fait sont définies au paragraphe 244(1) comme l'emploi de la *force*, ce mot, par l'interprétation que lui a donnée la jurisprudence, désigne maintenant tout contact fait sans le consentement de la victime. Comme le précisent Cross et Jones[102],

> [TRADUCTION]
> [l]a force la plus légère qui soit, même le simple toucher, suffisent. À ce sujet, Blackstone disait que le droit ne peut faire la distinction entre la violence criminelle et la violence non criminelle et qu'il interdit par le fait même toute violence.

Est-il possible d'améliorer les règles actuelles à cet égard? Les voies de fait commises en touchant autrui ne devraient-elles viser que les actes «offensants», «graves» ou semblablement qualifiés? Cette solution pose deux difficultés. Si le terme «offensant» (ou un autre mot de même nature) était utilisé de façon subjective, pour signifier «offensant pour la victime», il y aurait redondance, car la définition précise que le contact doit avoir lieu contre la volonté de la victime. Si, au contraire, le terme était utilisé de manière objective, pour signifier «normalement considéré comme offensant», le fait de toucher délibérément autrui contre sa volonté ne constituerait pas nécessairement un crime même en l'absence d'une excuse ou justification légalement reconnue. On renoncerait alors à l'idée que l'intégrité corporelle de la personne constitue une valeur fondamentale. Bien des gens jugeraient inacceptable que le droit pénal cautionne les contacts physiques non souhaités, fussent-ils anodins.

Bien sûr, ce n'est pas seulement en matière de voies de fait que se pose le problème des actes délictueux mais «anodins». La même difficulté surgit dans le cas du vol (le vol d'une feuille de papier devrait-il nécessairement être considéré comme un crime?) et dans celui des dommages aux biens (l'inscription d'un mot dans la marge d'un livre emprunté à la bibliothèque constitue-t-elle automatiquement un acte de vandalisme?). De toute évidence, le champ d'application du droit pénal doit se limiter dans tous les domaines aux conduites véritablement graves.

Quelle est la meilleure façon d'y arriver? S'en remettre, comme à l'heure actuelle, au bon sens des poursuivants? Cela nous paraît constituer une solution de dernier ressort. Nous préférons en cette matière prévenir les abus possibles plutôt que de simplement présumer qu'aucun abus ne sera commis; nous avons expliqué notre point de vue dans le document de travail n° 29, au sujet du moyen de défense de la nécessité. Il serait par

---

102. R. Cross et P. Jones, *Introduction to Criminal Law*, 10e édition, Londres, Butterworths, 1984, p. 133.

ailleurs possible de définir l'infraction de voies de fait et les infractions connexes à l'aide de termes comme «grave», «important» et «offensant», de façon à exclure les cas anodins. Rappelons à cet égard les objections dont nous avons fait état ci-dessus. On pourrait enfin reprendre la solution adoptée dans le *Model Penal Code* et préciser dans la loi que la définition des infractions pénales ne s'applique pas à des cas anodins (règle générale *de minimis*). Mais l'application de cette règle soulève elle aussi des problèmes fondamentaux qui font l'objet d'un document de travail en préparation.

Pour ce qui concerne les voies de fait commises en touchant autrui, nous voulons apporter la précision suivante. La définition proposée n'implique aucunement une condamnation automatique pour tout contact anodin. En effet, même dans les cas où le poursuivant est en mesure de prouver que manifestement (1) la victime s'est opposée à être touchée, (2) le prévenu était conscient de cette opposition et (3) ce dernier ne peut invoquer aucune exception, excuse ou justification, l'acquittement demeurerait possible. Il pourrait être fondé sur le motif que l'acte présentait un caractère tellement anodin que (1) l'opposition de la victime ne pouvait être sérieuse, ou que (2) le prévenu ne pouvait croire qu'elle l'était.

Voyons maintenant les voies de fait consistant à infliger une douleur physique. Comme, d'une manière générale, de tels actes sont considérés comme plus répréhensibles que les simples contacts, l'opposition de la victime semble pouvoir être présumée dans ce cas. C'est pourquoi l'infraction devrait selon nous être définie comme le fait d'infliger une douleur à une personne, sans le consentement de cette dernière. Ici encore, l'action concrète et l'intention devraient être nécessaires à la consommation de l'infraction; à ce sujet, les remarques que nous avons faites sur l'infraction consistant à toucher autrui demeurent pertinentes.

Seul le rôle du consentement doit faire l'objet d'observations distinctes. En premier lieu, la définition proposée crée une exception plutôt qu'une excuse ou une justification. Cette conception semble davantage conforme au bon sens : lorsqu'une personne inflige une douleur physique à quelqu'un avec le consentement de ce dernier (prenons le cas d'une expérience de psychologie visant à déterminer le seuil de la douleur), nous ne disons pas qu'elle commet un acte répréhensible susceptible d'être excusé vu les circonstances; nous ne parlons pas non plus de justification, nous ne disons pas que l'acte serait normalement considéré comme répréhensible mais que dans ce cas précis, il est louable. Tout simplement, nous considérons que cette personne, étant donné le consentement de la victime, commet un acte qui échappe totalement au champ d'application du droit pénal.

En second lieu, la définition de cette infraction impose manifestement au prévenu certaines obligations sur le plan de la preuve. Nous ne prétendons pas qu'il devrait être tenu de prouver le consentement de la victime, mais il devrait selon nous avoir l'obligation de présenter un commencement de preuve du consentement avant que le poursuivant n'ait à établir l'absence de consentement.

Quant à l'infraction consistant à infliger des lésions corporelles, elle viendrait remplacer celles qui sont définies à l'alinéa 245.1(1)*b*) et à l'article 245.3. À notre avis, il est parfaitement inutile de maintenir les deux infractions.

Comme elle réside dans le résultat d'une conduite — elle consiste à occasionner un préjudice corporel à la victime — l'infraction devrait pouvoir être commise tant par omission que par action. Il ne serait pas nécessaire que cette précision figure dans la définition, car elle découlerait des nouvelles dispositions régissant l'obligation d'agir et le lien de causalité.

L'élément moral d'une infraction consistant dans le résultat d'un acte devrait sans aucun doute englober l'intention et l'insouciance. Car contrairement au simple contact ou même à la douleur physique, les lésions corporelles infligées par insouciance devraient être pénalement réprimées, leur gravité les rapprochant davantage de l'homicide que des autres catégories de voies de fait.

À notre avis, cependant, la nouvelle infraction ne devrait viser que les conduites véritablement préjudiciables. C'est pourquoi il conviendrait de définir le terme «lésions corporelles» d'une façon beaucoup plus précise qu'à l'heure actuelle. Il devrait uniquement désigner les altérations permanentes ou importantes du corps ou de ses fonctions. On pense par exemple aux blessures causées par des coups de poignard ou aux membres fracturés; dans de tels cas, l'incapacité de la victime est relativement longue, sinon permanente.

Dans la définition de cette infraction, le consentement ne jouerait aucun rôle. L'accusation ne serait donc pas tenue d'établir l'absence de consentement et il serait parfaitement inutile pour le prévenu de prouver le consentement de sa victime. Cette règle découlerait simplement de l'absence du terme «consentement» dans la définition de l'infraction et n'aurait donc pas à être énoncée expressément.

RECOMMANDATION

2. Le fait de toucher une personne contre sa volonté devrait constituer une infraction de voies de fait, dont l'élément matériel résiderait obligatoirement dans une action concrète et l'élément moral, dans une intention prenant la forme d'un dessein, l'absence de consentement de la victime devant toutefois, d'une manière générale, être établie par le poursuivant.

Le fait d'infliger une douleur physique à autrui contre sa volonté devrait constituer une infraction de voies de fait, dont l'élément matériel résiderait dans une action concrète et l'élément moral, dans une intention prenant la forme d'un dessein, l'absence de consentement de la victime n'ayant toutefois pas à être établie à moins que le prévenu ne présente une preuve suffisante du consentement.

Le fait de causer des lésions corporelles ou une blessure devrait constituer une infraction de voies de fait, dont l'élément matériel résiderait dans une action ou une omission, et l'élément moral, dans l'intention ou l'insouciance. Ici, le consentement de la victime n'aurait aucune pertinence. La définition du terme «lésions corporelles» devrait embrasser les altérations permanentes ou temporaires du corps ou de ses fonctions; seraient notamment visés les cas où la victime est mutilée, défigurée ou subit une incapacité.

Il serait nécessaire d'énoncer des règles particulières s'appliquant au traitement médical. Ne devraient pas constituer des lésions corporelles, en effet, les actes accomplis, avec le consentement de la victime, pour des raisons thérapeutiques ou similaires. Ainsi, les interventions chirurgicales et actes de nature semblable échapperaient au champ d'application du droit pénal, sauf lorsqu'ils sont pratiqués contre la volonté du patient ou pour des motifs répréhensibles. Cette règle serait fondée sur le principe suivant : certaines interventions chirurgicales peuvent paraître entraîner des lésions corporelles, alors qu'en réalité ce n'est pas le cas, dans la mesure où elles sont pratiquées pour le bien du patient. Par exemple, l'amputation d'un membre cancéreux ne cause pas un préjudice corporel : elle est faite dans l'intérêt du patient. À cet égard, la faute professionnelle ne devrait jouer aucun rôle; il serait préférable que les cas où un médecin, par négligence, occasionne un préjudice corporel à son patient, soient régis par le droit civil.

RECOMMANDATION

3. Aucun acte ne devrait être considéré comme entraînant des lésions corporelles s'il est accompli avec le consentement de la victime dans un but thérapeutique ou dans un autre but socialement admis.

Selon nous, les trois infractions fondamentales (toucher autrui, lui infliger une douleur physique ou lui infliger des lésions corporelles) devraient pouvoir être aggravées par trois catégories de circonstances :

(1) les moyens utilisés — armes à feu et autres armes dangereuses;

(2) l'intention du prévenu — intention de tuer, de résister à l'arrestation, d'échapper à la justice;

(3) la situation de la victime — souverain, personne jouissant de la protection internationale, personne chargée de l'application de la loi, ou encore conjoint ou enfant de l'auteur des voies de fait[103].

Les trois catégories de circonstances aggravantes concernent essentiellement les risques et la protection particulière devant être accordée à certaines personnes. Il va sans dire, par exemple, que l'emploi d'armes à feu, d'explosifs ou d'autres armes dangereuses occasionne des risques particuliers pour les victimes et pour la société, et rend nécessaire une protection particulière. De toute évidence, également, le danger se trouve accru lorsque les voies de fait sont commises avec l'intention de tuer, de résister à l'arrestation, d'échapper à la justice, c'est-à-dire lorsque le but poursuivi par l'auteur de l'infraction le conduit à faire peu de cas de la sécurité de la victime. Enfin, pour préserver la dignité de l'État, la crédibilité du système juridique et la paix et la sécurité au sein de la cellule familiale, il convient manifestement de donner une protection particulière aux souverains, aux personnes jouissant de la protection internationale, aux personnes chargées de faire appliquer la loi, ainsi qu'aux conjoints et enfants exposés à des violences de la part de ceux dont ils sont à la charge.

---

103. *Supra*, note 101.

RECOMMANDATION

4. Les voies de fait consistant à toucher autrui, à lui infliger une douleur physique ou à lui infliger des lésions corporelles devraient pouvoir être aggravées par l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

(1) les moyens utilisés (par exemple, les armes à feu);

(2) le but poursuivi par l'auteur de l'infraction (par exemple, l'intention de résister à l'arrestation);

(3) la situation de la victime, à savoir

a) le souverain ou les personnes jouissant de la protection internationale;

b) les personnes agissant en vue de faire appliquer la loi;

c) le conjoint ou l'enfant de l'auteur des voies de fait.

En plus des trois infractions principales décrites ci-dessus, nous recommandons le maintien d'une infraction correspondant aux voies de fait de common law définies à l'alinéa 244(1)*b*), les mots «tente ou» étant cependant supprimés. En d'autres termes, nous recommandons que la nouvelle infraction ne concerne que les menaces de recourir à la violence. Les tentatives d'emploi de la violence, qu'il s'agisse de toucher autrui, de lui infliger une douleur ou de lui infliger des lésions corporelles, pourraient tout simplement être considérées comme des tentatives de commettre l'une ou l'autre de ces trois infractions.

En ce qui concerne les sports, nous ne proposons l'instauration d'aucune règle particulière, sauf pour le cas de la boxe. Car tant et aussi longtemps que les règles de ce sport autoriseront les participants à s'infliger intentionnellement des lésions corporelles — et c'est certainement en cela que consiste le knock-out — l'existence d'une règle particulière, dérogeant aux principes généraux, demeurera essentielle. L'anomalie se trouverait ainsi soulignée, ce qui pourrait contribuer à changer les attitudes à l'égard des règles de la boxe.

RECOMMANDATION

5. D'une manière générale, les sports ne devraient faire l'objet d'aucune règle particulière, mais il conviendrait d'énoncer dans la loi que le terme «lésions corporelles» ne vise pas les blessures reçues en conformité des règles de la boxe.

Selon nous, aucune règle particulière ne devrait être énoncée à l'égard des enfants à l'école et des personnes se trouvant sur un navire. Ainsi que nous l'avons dit, nous recommandons l'abrogation des moyens de défense prévus aux articles 43 et 44 pour les professeurs et les capitaines de navire. La majorité des commissaires préconisent cependant une exception pour ce qui a trait aux châtiments que les parents infligent à leurs enfants : si les parents (et ceux qui agissent avec leur autorisation) ne peuvent infliger de lésions corporelles à leurs enfants, ils devraient néanmoins être autorisés à les toucher

et à leur infliger des douleurs physiques pour les corriger. (Voir cependant le point de vue minoritaire exprimé à la page 52.)

RECOMMANDATION

6. La loi devrait énoncer ce qui suit : ne commettent pas les infractions consistant à toucher une personne et à lui infliger une douleur physique, les parents et les personnes agissant avec l'autorisation de ces derniers, qui corrigent dans une mesure raisonnable un enfant placé sous leur garde ou leur protection.

Nous terminerons avec deux questions de détail. Il y a, tout d'abord, l'infraction consistant à administrer une substance délétère, actuellement prévue à l'article 229. Si l'administration d'une telle substance cause des lésions corporelles, il s'agira de l'infraction consistant à infliger des lésions. La personne qui administre une substance délétère dans le but de provoquer des lésions, mais sans que son geste ait effectivement ce résultat, sera coupable de tentative d'infliger des lésions corporelles. Par ailleurs, s'il n'y a ni intention de causer des lésions, ni lésions effectives, mais administration d'une substance délétère par insouciance, il s'agira alors de mise en danger de la vie et de l'intégrité corporelle; cette infraction fera l'objet d'une étude ultérieure.

RECOMMANDATION

7. Le fait d'administrer une substance délétère ne devrait faire l'objet d'aucun texte d'incrimination spécifique.

En second lieu, il y a la transmission d'une maladie vénérienne, infraction définie à l'article 253. L'abrogation de cette disposition a été recommandée tant dans le projet de loi C-19 que dans le rapport Badgley intitulé *Les infractions sexuelles à l'égard des enfants*[104].

Ces dispositions sont à notre avis inutiles parce que le fait de transmettre intentionnellement ou par insouciance une maladie grave (vénérienne ou autre) à autrui tomberait sous le coup de l'infraction consistant à infliger des lésions corporelles.

RECOMMANDATION

8. La transmission d'une maladie vénérienne ne devrait faire l'objet d'aucun texte d'incrimination spécifique.

104. *Supra*, note 101, p. 69.

Annexe

Le droit actuel et le châtiment corporel infligé aux enfants (article 43)

Dans J. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, Londres, MacMillan, 1877, l'auteur déclare à la page 126 :

> [TRADUCTION]
> Ne constitue pas un crime, le fait d'infliger des lésions corporelles à une personne en lui faisant subir un châtiment corporel, ou par tout emploi légitime de la force (à l'exception des cas mentionnés ci-dessus) contre autrui; mais lorsque les lésions infligées dans pareil cas sont excessives, l'acte devient illégal. Et même lorsqu'elles ne sont pas excessives, toute personne qui recourt à la force est tenue de prendre des précautions raisonnables pour éviter d'infliger à autrui un préjudice plus grand que ne le justifient les circonstances.

Voici la première illustration que Stephen donne de ce principe : [TRADUCTION] «A, professeur, bat B, écolier, pendant deux heures avec un gros bâton. Il s'agit d'un acte illégal». Cet exemple était tiré de la décision *R.* v. *Hopley*, 1 Russ. Cr. 751; 2 F. & F. 202.

L'origine de l'article 43 réside sans aucun doute dans la maxime romaine *patria potestas*. Voir Corinne Robertshaw, *Outline of Key Legislative Issues Relating to Child Abuse*, document de travail préparé pour le Ministère de la Santé et du Bien-être social, février 1980.

Selon *Black's Law Dictionary*, 5e édition, St. Paul, Minn., West Publishing, 1979, p. 1014, le terme *patria potestas* désigne [TRADUCTION] «en droit romain, l'autorité parternelle, la puissance paternelle».

> [TRADUCTION]
> Ce terme désigne l'ensemble des pouvoirs et droits particuliers qui, suivant le droit civil romain, étaient conférés au chef de la famille relativement à son épouse, à ses enfants (par le sang ou adoptés) et à tous ses descendants éloignés, mais seulement par filiation masculine. À l'origine, l'autorité paternelle était très étendue en droit romain, embrassant même le droit de vie et de mort. Mais à la fin, il s'agira presque simplement du droit pour le *pater familias* de détenir comme son bien propre les biens et acquisitions d'une personne sur qui il exerce son autorité.

Le pouvoir conféré aux professeurs de recourir dans une mesure raisonnable à la force pour infliger des corrections tirerait son origine d'une délégation de l'autorité parentale : *Mansell* v. *Griffin*, [1908] 1 K.B. 947. Mais avec l'arrivée de l'instruction

obligatoire, il devenait impossible d'asseoir ce droit sur la délégation par les parents de leur autorité. Selon H. Street, *The Law of Torts*, 4e édition, Londres, Butterworth, 1968, p. 87, [TRADUCTION] «ce moyen de défense est fondé sur la nécessité de maintenir l'ordre au sein de l'institution spécifiquement responsable de la formation de l'enfant». On trouve dans l'article de K. Stroud, «The Teacher Privilege to Use Corporal Punishment» (1978), 11 *Ind. L.R.* 349, p. 353, une affirmation étonnante : [TRADUCTION] «Les élèves des écoles publiques sont soumis aux châtiments corporels en vertu du pouvoir de police des États, qui se trouve délégué aux employés de l'école».

Les commentateurs contemporains décrivent les conséquences néfastes du châtiment corporel infligé par les professeurs :

> [TRADUCTION]
> Le châtiment corporel tend à détruire la confiance naturelle chez les enfants, et suscite la méfiance, la colère et le ressentiment. L'enfant apprend que l'adulte ne se bornera pas à le protéger contre les coups et blessures, mais que parfois, il lui en infligera. Le châtiment corporel rend le professeur moins apte à comprendre les besoins fondamentaux de ses élèves et à bâtir une atmosphère de confiance mutuelle, propice à l'apprentissage. E. H. Erikson, *Childhood and Society*, 1950.

> [TRADUCTION]
> Non seulement les enfants imitent de tels comportements agressifs (les châtiments corporels infligés par le personnel de l'école), mais ils ont également tendance à réagir de la même manière aux frustrations de leur propre vie. I. Hyman, «Corporal Punishment in the Schools: America's Officially Sanctioned Brand of Child Abuse» (1980), 6 *Caring* 2.

On trouve d'intéressantes données statistiques sur le châtiment corporel dans Franklin C. Wilson, *A Look at Corporal Punishment and Some Implications of Its Use*, Child Abuse Program, Ontario Ministry of Community and Social Services, août 1980. Bon nombre des éducateurs interrogés par Wilson estimaient que [TRADUCTION] «[l]e recours au châtiment corporel par les professeurs, dans la classe, est parfois le symptôme d'une formation professionnelle insuffisante sur le plan de la discipline et celui de la gestion et de la planification dans les classes» (page vii). Il dénonce vigoureusement le recours au châtiment corporel à l'école et estime qu'il serait préférable, pour résoudre les problèmes posés par la discipline, d'apprendre aux professeurs à prévoir et à résoudre les difficultés dans ce domaine d'une façon efficace et sans recourir à la violence.

D'après Robertshaw, *supra*, p. 37, la sanction, par le Parlement, des châtiments corporels infligés aux enfants crée, en ce qui concerne l'éducation de ces derniers, une norme susceptible de favoriser les mauvais traitements infligés aux enfants. Il conviendrait selon elle d'abolir la sanction légale actuelle et de permettre l'engagement de poursuites civiles ou pénales selon l'interprétation du common law, pendant une période transitoire au cours de laquelle de nouvelles attitudes concernant l'éducation des enfants deviendraient plus largement acceptées.

Le Comité sénatorial permanent de la Santé, du bien-être et des sciences a recommandé, dans un rapport de 1980 intitulé *L'enfant en péril*, p. 80, que l'article 43 du *Code criminel* du Canada et toute autre disposition semblable figurant dans les lois

provinciales et territoriales «soient revus par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux compte tenu de la sanction que ce type de dispositions accorde au recours à la violence contre des enfants».

Ce n'est pas d'aujourd'hui que l'on critique le recours à la force dans les écoles. On trouve dans une décision américaine, *Cooper* v. *McJunkin* (1853), 4 Ind. 290, l'observation suivante :

> [TRADUCTION]
> Le droit tolère encore les châtiments corporels infligés à l'école. Telle est l'attitude que l'on retrouve dans la jurisprudence et la doctrine, et la législature n'a pas jugé opportun d'intervenir. Le public semble se cramponner, dans l'administration des écoles, à un despotisme qui a été écarté dans tous les autres domaines ... La tendance à recourir au châtiment corporel est si manifestement répréhensible, d'un certain point de vue tout au moins, que l'on devrait y mettre fin dans l'intérêt public. En effet, cette pratique est en soi susceptible de donner lieu à des abus. L'usage du fouet engendre la passion, et d'une manière générale conduit à des excès ... C'est pourquoi les tribunaux, conformément à l'esprit de la loi, devraient dénoncer cette pratique qui tend à exacerber les passions humaines, à conduire à des gestes de colère et à provoquer au bout du compte des abus et des violations de la paix publique. On ne sera jamais trop prudent ni sévère à l'égard d'un tel système de petite tyrannie ...

Le juge Stuart déclare en outre à la page 293 :

> [TRADUCTION]
> Le mari ne peut plus infliger de corrections modérées à son épouse; et d'après la jurisprudence la plus récente, le maître ne peut lui non plus infliger de corrections à son serviteur ou apprenti. On a même mis fin aux cruautés dégradantes qui avaient cours dans la marine. Il est alors difficile d'expliquer pourquoi l'écolier, avec son air ingénu, devrait bénéficier d'une protection moindre, au regard de la loi, que l'apprenti ou le marin.

Malheureusement, le sort des écoliers ne s'est pas grandement amélioré aux États-Unis depuis cent trente ans. On trouve dans Boonin, «The Benighted Status of U.S. Corporal Punishment Practice», janvier 1979, 60:5 *Phi Delta Kappan* 395, p. 395-396, les données suivantes : dans quarante États, le châtiment corporel à l'école est autorisé par la loi; c'est seulement au Massachussetts et au New Jersey que cette pratique est interdite; les huit autres États ont adopté une position intermédiaire.

Les adversaires du châtiment corporel aux États-Unis ont contesté devant les tribunaux la constitutionnalité de cette pratique, avec un succès mitigé. La Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Ingraham* v. *Wright* (1977), 621 F. 2d 609, a conclu que les dispositions du huitième amendement en matière de châtiments cruels et inusités ne pouvaient s'appliquer au châtiment corporel infligé dans les écoles publiques, parce qu'elles ne concernent que les personnes déclarées coupables d'un crime. La Cour a également jugé que les dispositions du quatorzième amendement en matière d'application régulière de la loi (*due process*) n'obligent pas la remise d'un avis ni la tenue d'une audience avant de recourir au châtiment corporel, parce que les mécanismes traditionnels du common law fournissent une protection adéquate au regard de l'application régulière de la loi et que l'instauration de garanties de nature procédurale porterait atteinte à la responsabilité des autorités scolaires en matière d'éducation. Comme l'ont souligné les juges dissidents dans l'arrêt *Ingraham*, les recours prévus par le common law ne peuvent

être utilisés qu'après le fait et offrent seulement à l'étudiant une protection contre les actes abusifs et les erreurs de mauvaise foi, et non contre les actes raisonnables ni les erreurs commises de bonne foi. Dans *Baker* v. *Owen*, 395 F. Supp. 294 (M.D.N.C. 1975), conf. 423 U.S. 907 (1975) (confirmation sommaire), la Cour de district a jugé que le concept de liberté exprimé au quatorzième amendement embrasse le droit pour les parents de choisir le type de discipline auquelle seront soumis leurs enfants, mais qu'il ne s'agit pas là d'un droit fondamental; comme par ailleurs l'État peut légitimement chercher à maintenir la discipline et que le châtiment corporel s'inscrit dans cet objectif, les droits de l'État priment sur ceux des parents : 395 F. Supp., p. 298-300. Dans l'arrêt *Hall* v. *Tawney*, 621 F. 2d 607 (4th Cir. 1980), la *United States Court of Appeals* a jugé que l'étudiant d'une école publique qui est *gravement* blessé par un châtiment corporel disciplinaire peut intenter, selon l'article 1983 42 U.S.C., des poursuites fondées sur le *due proce* pour violation de son droit à la sécurité corporelle sanctionné par le quatorzième a ment. Avec la reconnaissance de ce droit, les écoliers se voyaient offrir la même p ion constitutionnelle que celle offerte en droit pénal par le huitième amendement.

Il n'est pas impossible que les poursuites fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés* auraient de meilleures chances de succès que celles qui ont été intentées en vertu de la Constitution américaine. La portée de l'article 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités) ne serait par limitée au droit pénal par les interprétations judiciaires antérieures. Et l'article 7 (le droit à la sécurité de la personne) offre sans doute une protection aux enfants contre les agressions violentes. De même, le paragraphe 15(1) (le droit de chacun à la même protection et au même bénéfice de la loi) devrait étendre aux personnes de tout âge, y compris les enfants, la protection contre les voies de fait dont jouissent les adultes en vertu de l'article 245 du *Code criminel*. Les lois discriminatoires ne sont permises par le paragraphe 15(2) que dans le mesure où elles visent à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, par exemple les jeunes enfants, et il ne serait certainement pas possible d'y avoir recours pour légitimer le type de discrimination instituée par l'article 43 du *Code criminel*, qui consacre manifestement le droit de «tyranniser» les enfants. Il est également permis de croire que l'article 1, dans ce cas, ne pourrait l'emporter sur les droits reconnus aux articles 7, 12 et 15, puisque la justification du châtiment corporel exercé contre les enfants ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Professeur, parent ou personne représentant un parent

[TRADUCTION] «Le pouvoir de châtier les élèves conféré au professeur *doit* être considéré comme une délégation de l'autorité parentale et toute punition infligée est présumée raisonnable et justifiée sauf preuve contraire», *Rex* v. *Corkum*, [1937] 1 D.L.R. 79 (Cour de comté N.-É.), le juge Roberts, p. 80. L'autorité des parents, concernant l'emploi de la force contre leurs enfants, déléguée aux autorités scolaires pour l'éducation, le maintien de la discipline et le retour des enfants à la maison en sécurité, s'étendait au chauffeur d'autobus de l'école défenderesse, à qui les autorités scolaires avaient confié la responsabilité de transporter en toute sécurité les enfants à l'école et de les en ramener,

Regina v. *Trynchy* (1970), 73 W.W.R. 165 (Cour de magistrat du Territoire du Yukon). Dans l'affaire *Regina* v. *Phyllis Jean Nixon* (le 17 octobre 1980, Cour de district Ont., le juge Shea), la prévenue était une conseillère en résidence dans un hôpital psychiatrique et la victime, un adulte modérément arriéré qui se trouvait dans cet établissement pour apprendre à mieux communiquer. On a jugé que l'article 43 permettait à la prévenue d'échapper à la responsabilité pénale : elle remplaçait le «parent» et la victime était un «élève»; les gestes accomplis par la prévenue pour contraindre la victime à se mettre au lit constituaient une «correction» au sens de l'article 43; elle était fondée à recourir à la force dans une mesure raisonnable. Par contre, il a été jugé dans l'arrêt *R.* v. *Ogg-Moss* (1981), 24 C.R. (3d) 264 (C.A. Ont.), que l'article 43 ne pouvait être invoqué en l'espèce puisque le prévenu, conseiller en résidence dans un hôpital pour attardés, n'était ni un «instituteur» ni une «personne qui remplace le père ou la mère» et que le plaignant, qui était âgé de vingt-deux ans et se trouvait de son plein gré à l'hôpital, n'était ni un «élève» ni un «enfant» au sens de cette disposition.

La force employée par les professeurs ne doit pas dépasser la mesure raisonnable dans les circonstances

Les professeurs ont le droit, en vertu de l'article 63 (l'actuel article 43) du *Code criminel* et du common law, d'infliger un châtiment corporel à un élève qui a contrevenu aux règles de l'école, pourvu que le châtiment ne soit pas excessif, que l'instrument avec lequel il est donné soit approprié à cette fin et que le professeur ne soit pas animé par la malveillance. Il a été jugé qu'un châtiment infligé dans de telles conditions, qui avait provoqué une douleur temporaire et la décoloration de la chair pendant quelques jours, n'était pas excessif : *Rex* v. *Metcalfe*, [1927] 3 W.W.R. 194 (Cour de dist. Sask.). Dans l'arrêt *Campeau* v. *The King* (1951), 14 C.R. 202 (C.A. Qué.), le juge McDougall déclare, à la page 212 :

> [TRADUCTION]
> Le fait que l'élève châtié subisse des égratignures ou des contusions n'implique pas nécessairement que le châtiment présentait un caractère abusif. Si, en revanche, l'instituteur fait preuve de négligence à l'égard de la manière dont le châtiment est infligé, ce seul fait peut engager sa responsabilité. Tous conviendront que si un instituteur frappe son élève sur la tête afin de maintenir la discipline, son acte est complètement injustifié; en effet, il risque ainsi de causer un préjudice permanent en portant des coups à une partie du corps aussi fragile que la tête.

Voir également *Regina* v. *Joseph Herbert Dawson Bick* (11 avril 1979, Cour de comté Ont., le juge O'Flynn, non publié). Si le prévenu pouvait être fondé à croire qu'un jeune garçon avait commis un acte appelant un châtiment et si, en le punissant, il croyait sincèrement que cet élève avait pris part aux insultes, le prévenu était en droit de recourir à la force à titre de correction. La force employée était raisonnable dans les circonstances et on y avait eu recours à la première occasion raisonnable : *Regina* v. *Haberstock* (1970), 1 C.C.C. (2d) 433 (C.A. Sask.). L'emploi de quelque force que ce soit contre la victime est injustifié lorsqu'on a aucun motif raisonnable de croire qu'il y a eu manquement à la discipline et qu'une correction s'impose : *Regina* v. *Kanhai* (1981), 124 D.L.R. (3d) 85 (Cour de dist. Sask.). Voir également *Regina* v. *Hugh Edward Jenney* (le 28 août 1981,

Cour de comté C.-B., le juge Carley, non publié). Dans l'affaire *R.* v. *Imbeault* (1977), 17 N.B.R. (2d) 234 (Cour de comté N.-B.), un professeur a été acquitté d'une accusation de voies de fait, parce qu'il n'était pas tenu de prévoir que l'étudiant résisterait à une correction légitime et qu'une bagarre en résulterait. Les professeurs n'ont pas le devoir absolu de mesurer avec précision la force employée pour infliger une correction. Voir également *Regina* v. *Dimmell* (1980), 55 C.C.C. (2d) 239 (Cour de dist. Ont.). Les tribunaux peuvent critiquer un professeur qui a eu recours à la violence dans la classe : *R.* v. *Wheaton* (1982), 35 Nfld. & P.E.I.R. 520 (Cour prov. T.-N.).

Parents

Le moyen de défense offert par l'article 43 ne peut être invoqué lorsque le prévenu a demandé au frère aîné de la victime de piquer quotidiennement un trombone dans le pied de cette dernière afin de la «discipliner», geste dont avaient résulté une blessure et de l'infection, parce que la force employée n'avait pas un [TRADUCTION] «caractère raisonnable dans les circonstances» selon les usages de la communauté : *Regina* v. *Michael David Sarwer-Foner* [le 12 janvier 1979, Cour prov. Ont. (div. fam.), non publié]. Pour juger si la force employée afin d'infliger la correction était raisonnable ou excessive, le tribunal doit tenir compte des usages dans la société canadienne d'aujourd'hui. Les coutumes du pays d'origine de l'accusé ne constituent donc pas un critère approprié. Les moyens employés pour infliger la correction doivent être adaptés à l'âge et au sexe de l'enfant et aux conséquences qui peuvent en résulter. L'emploi de la force pour châtier une jeune fille de quinze ans est rarement justifié. La correction ayant causé des blessures aux fesses et aux seins de la jeune fille, elle était de beaucoup exagérée dans les circonstances. Les prévenus ne peuvent invoquer les dispositions de l'article 43 lorsque ce n'est pas pour corriger l'enfant qu'ils ont eu recours à la force : *Regina* v. *Baptiste and Baptiste* (1980), 61 C.C.C. (2d) 438 (Cour prov. Ont.). Le châtiment corporel doit être «objectivement raisonnable» et non seulement raisonnable de l'avis des parents. Le père ou la mère qui décide de recourir au châtiment corporel est tenu d'éviter tout excès sur le plan des motifs, de la durée du châtiment, de la force employée et du choix de l'instrument. Il est sans doute raisonnable de frapper de la main les fesses, mais non le visage ou la tête, et l'utilisation d'une lanière de cuir ou d'un autre instrument semblable était risquée : *In Re James F.* (le 13 juin 1983, Cour prov. Alb., div. juv., le juge en chef Bowker).